ANALES DE LA UNIVERSIDAD

AÑO VI | MONTEVIDEO — 1897 | TOMO IX

El Registro y la Tradición

TEORÍAS ANTIGUAS Y LÓGICA MODERNA

POR EL DOCTOR JUAN PEDRO CASTRO

> *«La trasmisión de la propiedad debe ser conocida para ser respetada; y con ello está dicho todo. El adquirente debe estar seguro de que el trasmisor no podrá vender útilmente la misma cosa despojándolo, y los terceros deben saber en qué manos reposa legalmente la propiedad, para no ser engañados en la adquisición.»*
>
> BORSARI.

Un folleto que he recibido, titulado *Sobre venta doble,* y que contiene un luminoso y erudito escrito del doctor don Pablo De-María, me decide á borronear algunas páginas, consignando mi opinión crítica sobre las disposiciones de nuestro Código Civil, referentes á la Tradición: *Modo de adquirir.*

La cuestión que el doctor De-María dilucida surge del siguiente caso: su cliente compró un terreno á un Banco (hoy en liquidación) de esta Capital, consignándose en la escritura de venta la cláusula de práctica, según la cual, *ínterin no tome posesión efectiva de la cosa el adquirente, el vendedor la tendrá á su nombre;* enajena ese mismo bien, en seguida, el Banco á otra persona, y le da posesión efectiva de la cosa: ¿qué

venta prevalece? ¿quién es dueño? ¿quién tiene derecho á conservar el terreno? He ahí el litigio.

Se ha fallado contra el doctor De-María, cuyo cliente interpone recurso extraordinario de nulidad notoria: se ha entendido y resuelto que los artículos 1654 y 1311 de nuestro Código Civil no concuerdan con las disposiciones generales relativas á tradición, que aquéllos dan preferencia al comprador que primero toma posesión *efectiva* de la cosa.

Confieso que, hasta ahora, nunca creí que pudieran ser interpretadas así aquellas disposiciones; el artículo 1311 — base del otro — habla de quien primero *toma posesión,* ó sea de aquel á quien primero se hace tradición de la cosa (artículo 733); el 734 y el 622 bien categóricamente establecen que la tradición puede ser real ó ficta, agregando el 742 que « importa así mismo tradición ficta, *equivalente á la real:* 1.º la cláusula en que declara el enajenante, que en lo sucesivo tendrá la posesión á nombre del comprador. » (Véase artículo 628 y el 622 antes citado.) Entendía y entiendo que la interpretación qne ha prevalecido en el caso que motiva el recurso del doctor De-María implica distinguir *ubi lex non distinguit*....

Pero no es de eso que me propongo ocuparme, como que nada podría agregar á la prolija y concluyente refutación de aquel letrado; mi objeto es consignar la crítica que, partiendo de la doctrina que éste sostiene, he hecho siempre del Código Civil en los diez años que llevo de enseñar (y aprender de paso) ese Cuerpo de leyes en nuestra Universidad. Francamente, lamentaría haber contribuído á extraviar, en punto tan fundamental, el criterio de la última generación de abogados; pero no dudo de haber estado en lo cierto.

Entremos en materia.

Nuestro legislador, al llegar á los *modos de adquirir* el dominio, se encontró con dos teorías: la antigua — la romana — según la cual los contratos no son por sí solos y sin ayuda de la tradición, capaces de trasmitir la propiedad, y la moderna — la francesa — según la cual las convenciones pueden tener esa eficacia. Optó nuestro legislador por la doctrina secular, y también como ésta reconoció dos especies de tradición: la real y la ficta.

Los sostenedores de la teoría antigua la fundan en dos clases de argumentos.

Corresponden á la primera clase los siguientes que copio del informe con que elevaron su proyecto de Código al Gobierno Provisorio del General Flores, los doctores Herrera y Obes, Requena, Rodríguez Caballero y Narvaja: «En cuanto á lo « primero, no puede haber verdad en un sistema que desco- « noce la esencia de la obligación: que de un modo de obli- « garse hace un modo de adquirir: *naturam invertit.* En efecto, « la convención ó la obligación que de ella nace, no liga sino « á las personas, ella compele *á dar,* hacer *ó no hacer;* no cons- « tituye, pues, sinó una deuda y un crédito y no afecta ni puede « afectar sino á las personas. Es contra la naturaleza de la « obligación que transfiera algo, pues que ella es la causa de « la traslación que debe hacerse; es contra su naturaleza el « sustituir una persona á otra, porque su naturaleza propia es « dar el derecho de exigir la sustitución, luego ella es impo- « tente para hacerla. La dación de una cosa ó la prestación « del hecho es la ejecución, la consumación de aquello á que « uno se ha obligado, y la idea de la obligación implica la de « un tiempo futuro. Mas si desde que la obligación existe, y « porque ella existe, ha cumplido su fin, aunque no haya me- « diado intervalo de tiempo alguno, ni siquiera un instante de « razón, la obligación nace, y se extingue *uno et eodem actu.* « El medio y el fin son una misma cosa; hay según se ex- « presa el Código francés, una parte acreedora y á la vez pro- « pietaria de una misma cosa, ideas contradictorias en sí mismas « y hasta en los términos.»

Doneau, interpretando y explicando el Derecho Romano, sintetizó esos mismos argumentos en breve frase: « el comprador, « dijo, no podría ser propietario antes de la tradición, porque « no tiene la cosa en su poder; es el vendedor quien la po- « see y quien, por consiguiente, puede disponer de ella.»

En frase no menos gráfica, ha respondido Laurent á ese género de argumentos: «¡Se diría que el derecho deriva del he- « cho, ó lo que es lo mismo, que el hecho constituye el de- « recho!»

Al formular esos argumentos que indignan á Laurent, se olvida, á mi juicio, la misión soberana del legislador; se olvida que de su decisión dependen los efectos de los contratos; se comete una petición de principio al decir que éstos no pueden producir más que obligaciones. ¿Por qué no han de transferir la propiedad si el legislador lo decide? No puede maniatarse á éste con semejantes sutilezas; ellas están en pugna con la naturaleza del derecho moderno. Leibnitz compara á los jurisconsultos romanos con los matemáticos, pues manejaban los principios con un rigor igual al que domina en el álgebra y la geometría. Nada mejor, dice Laurent, si estos principios fueran, como se ha creído largo tiempo, la expresión de la verdad eterna; pero eso no sucede y no puede suceder; el derecho es una faz de la vida y la vida es esencialmente progresiva; el derecho también es progresivo, es decir, siempre más ó menos imperfecto. *Es bueno, por consiguiente, que la razón venga á controlar las reglas que el uso ó la ley consagran.*

Y aunque, realmente, el efecto de cambiar de dueño á las cosas, estuviera en pugna con la índole de los contratos, tales como los ha consagrado el legislador, ¿por qué no habría de poder éste, que sancionó el principio general, imponerle una restricción, establecer una excepción aconsejada por razones de conveniencia social? Las excepciones no están reñidas con la lógica; el derecho no se maneja ni mide con compás y escuadra. ¿Por qué no ha de poder declarar trasmisible por los contratos el dominio el mismo legislador que de pleno derecho hace propietario y poseedor al heredero? (Artículos 751 y 1014 del Código.)

Por lo demás, lo que una lógica sencilla y bien entendida dice, es que quien ha vendido una cosa á Juan, declarándolo dueño de ella, no puede ni debe poder, en razón y en equidad, transferir esos mismos derechos á Pedro.

Pero, ante esas refutaciones, los paladines de la tradición romana abandonan sus argumentos clásicos, *á priori*, de corte geométrico, y recurren á los más modernos, de carácter meramente práctico y utilitario (en el buen sentido de la palabra). Aceptando la discusión en ese terreno, oigámoslos.

« Aunque así no fuera, arguyen nuestros codificadores, de-
« beríamos mantener el sistema que nos rige y según el cual
« se requiere la tradición para que se trasmita la propiedad.
« Éste es un derecho para todos, derecho que se manifiesta
« públicamente entonces por medio del signo externo que re-
« gularmente le acompaña y le indica, á saber: el poder y la
« posesión. Interesa á la sociedad que las trasmisiones se ha-
« gan públicas, y se sabe cuánto contribuye la tradición para
« obtener ese resultado. »

Freitas, el eminente codificador brasilero, aduce igual argumento, diciendo: « Por la naturaleza de las cosas, por una
« simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de
« justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones pri-
« vadas á que se liga la prosperidad general, se comprende
« desde el primer momento que el derecho real debe manifes-
« tarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los
« del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visi-
« bles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que
« una sociedad esté obligada á respetar un derecho que no
« conoce.

« Ésta es la razón filosófica del gran principio de la tradi-
« ción que la sabiduría de los romanos estableció, y que las
« legislaciones posteriores reconocieron. »

No sin observar de paso que esa razón filosófica y práctica del principio es fundamento moderno con que se apuntala una institución ruinosa (1), contestaré:

1.° La tradición no tiene hoy la importancia, como hecho, que pudo tener en la antigüedad, y que conserva aún en las aldeas, donde á través de la tapia del corral, observa el lugareño lo que pasa en la casa del vecino. La propiedad que más cambia de dueño es la urbana, y sólo por rarísima excepción, en las ciudades, tiene Juan noticia de que Pedro hizo tradición de tal casa ó terreno á Antonio.

2.° La mejor prueba de que la tradición no llena el fin *filo-*

(1) «Ese no era el objeto y la razón del sistema,» dice Borsari en el tomo 4.°, parte 2.ª, núm. 4104, de su Comentario del Código Civil Italiano.

sófico que le atribuyen nuestros codificadores y el brasilero, se desprende de nuestras leyes de Agosto 10 del 55 y Mayo 18 del 80 (incorporadas hoy al artículo 1638 de nuestro Código Civil), que instituyeron el Registro de Escrituras, mandando anotar en él, *bajo pena de ineficacia, haya ó no tradición,* todo contrato que importe traslación de dominio á cualquier título que sea. No basta, pues, la tradición para que el cambio de dueño sea notorio; hay que suplir esa deficiencia con el Registro; pero éste es infalible, no engaña nunca: entonces basta por sí solo, y ¿á qué conservar la anacrónica tradición como requisito necesario de la adquisición? ¡Reglamentar bien el Registro es lo que hay que hacer!

3.º Se dice que el contrato por sí solo puede no ser conocido, y no tiene por qué ser respetado de quien no le conozca: se olvida que nuestro legislador, como el romano, admite la tradición por simple cláusula del contrato (artículo 742); ahora bien, un contrato que contenga la *cláusula de instituto,* ¿será más notorio á terceros que otro que no la contenga?

Veo lógica en el Código Argentino. Cierto es que su artículo 577 dice: « Antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere ningún derecho real; » — pero en el 2378 estatuye que: « La sola declaración del tradente de darse por desposeído, ó « de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las « formas legales; » — y el 2379 agrega: « La posesión de los « inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por « actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del « que la recibe; ó por actos materiales del que la recibe, con « asentimiento del que la entrega. »

Se ve por esas disposiciones que el vigoroso criterio de Vélez Sarsfield, aunque influenciado en este caso por el de Freitas (como lo prueba la nota del primero al artículo 577 del Código Argentino), supo eludir los inconvenientes prácticos y el contrasentido evidente de las legislaciones romana y española que le sirvieron de fuente.

Nuestros codificadores, menos audaces, más sumisamente apegados á nuestro derecho tradicional, vaciaron en el artículo 742 la Ley 9, Título 30, Partida 3.ª, como antes lo había he-

cho en el artículo 887 de su Proyecto de Código Civil Oriental, nuestra otra gloria jurídica, el doctor Eduardo Acevedo, copartícipe de Vélez Sarsfield en la codificación comercial argentina.

Pero, ¡cuán superior al legislador argentino, en esta parte, se muestra el chileno, cuando sencillamente dice (1): « Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador »!

Reconozcamos, sin embargo, que no se descubre todavía en esa disposición toda la independencia de criterio deseable; en la práctica, ella equivale á la doctrina francesa, pero en teoría envuelve una transacción con los principios añejos; no se atrevió el legislador chileno á suprimir lisa y llanamente la tradición, como requisito indispensable en todo cambio de dominio, y creó la ficción por la cual el registro equivale á tradición. Esa ficción la han inspirado, sin duda, Valette (2) y Demolombe (3), quienes — invocando á Portalis — pretenden ver en el contrato una tradición ficta ó presunta, y ligan así la nueva doctrina francesa con la vieja. Olvidan, como los jurisconsultos chilenos, que *el legislador no tiene necesidad de crear ficciones: le basta ordenar.*

Y es triplemente inexplicable que los autores de nuestro Código no se atrevieran á romper en esta parte con la legislación española y romana, porque no sólo los inducían á ello el Código Francés y el Chileno, sus fuentes habituales de innovación, sino también el Proyecto de Código Español, tan acertadamente comentado y explicado por el jurisconsulto García Goyena, — cuyo artículo 1859, concordante con el 1826, disponía: « Cuando el propietario enajena unos mismos bienes « inmuebles á diferentes personas por actos distintos, pertenece « la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título. »

Para no incurrir en excesivo lujo de erudición fácil, concluiré estas citas haciendo notar que en la materia de que me

(1) Artículo 686 del *Código de Chile.*
(2) Véase: *Revue de droit français et étranger*, tomo III (año 1846), pág. 781, nota 2.
(3) *Contratos*, tomo I, núms. 414 y siguientes.

ocupo dió la pauta, creando el Registro, el espíritu siempre práctico del pueblo alemán.

Dedicaré breve espacio en este examen á los bienes de carácter mueble.

No es posible á su respecto la institución del Registro; hay, pues, que buscar otro medio que evite los fraudes que un vendedor malicioso intente contra terceros, — y no se encuentra otro mejor que dar propiedad de la cosa al comprador que primero la recibe, — pero no al que la recibe por simple cláusula de un contrato, como lo autoriza nuestro Código, sino *al que efectivamente toma la posesión* según formas legales, como lo exige el Código Argentino (artículo 2378).

Las cláusulas de un contrato no tienen por qué ser más conocidas de terceros que el contrato mismo: no son, pues, una advertencia á terceros y una defensa para ellos; la tradición, en las formas consagradas por la ley argentina, llena, *al menos en lo posible,* ese fin necesario.

¿Se me reprochará inconsecuencia, se me enrostrará falta de lógica por fundar sobre bases tan diversas la adquisición de los bienes muebles y la de los raíces?

La diversidad está en las cosas mismas y la imponen ellas en su legislación. ¿Llena el Registro el fin apetecido respecto de los inmuebles? Sí: pues atengámonos á él y prescindamos de la formalidad inútil de la tradición. — ¿Es posible el Registro de muebles? No: pues atengámonos, respecto de ellos, á la tradición, en la forma que *puede* defender (aunque no siempre defienda) los intereses de terceros *bona fide.*

Esa es, á mi juicio, la única lógica atendible, y no la que, como decía Leibnitz, convierte al legislador en un matemático, pretendiendo manipular los hombres y las cosas como abstracciones, por vía de *ergo.*

La diversidad de legislaciones entre muebles y raíces no es, por otra parte, una novedad; resulta ella, como dije, de la misma naturaleza de las cosas.

¿No es ya una primera y, por todos aceptada imposición de esa diversidad de cosas la creación del Registro para los inmuebles, aunque con efectos limitados?

Y ¿la diferencia fundamental entre la prenda y la hipoteca? ¿Por qué se permite que la última permanezca en poder del propietario que afecta la cosa, mientras la prenda es un contrato real, que sólo se perfecciona por la entrega de la cosa al acreedor? Por la misma razón que debe exigirse tradición del mueble para que cambie de dueño: porque la entrega, en uno y otro caso, es la única garantía para terceros, que sin ella podrían ser fácilmente defraudados, — mientras el Registro los garante respecto de las hipotecas.

¿Por qué no vale la venta de una finca sin la solemnidad de la escritura pública, y vale sin ella la de un buen mueble cualquiera?

¿Por qué nuestro Código, aunque no ha adoptado el principio francés, según el cual «*en fait de meubles la possession vaut titre*», ha consagrado, sin embargo, en el artículo 1888, un principio excepcional para los muebles y derogatorio del general de propiedad?

Muchas otras diferencias de legislación entre unos y otros bienes ha consagrado la ley sin extrañeza de nadie, — y la que sostengo en este estudio sería tan justificada como todas ellas, sino más.

En resumen:

1.° Opino que respecto de los bienes raíces debe buscarse toda garantía para los terceros en el Registro, sin exigir además la tradición.

A ese respecto una modificación accesoria se impone en nuestra legislación, mientras no se unifique y organice debidamente el Registro General de la Propiedad raíz. De acuerdo con la ley de 18 de Mayo de 1880, que en lo fundamental se atuvo á lo estatuído en la antigua de 30 de Junio de 1855, la fecha de los contratos sobre bienes raíces es, respecto de terceros, no la de su inscripción en el Registro, sino la de su otorgamiento, — hágase esa inscripción dentro de los diez días que la misma ley marca, ó fuera de ellos abonando la correspondiente multa; esa diferencia con lo que nuestro Código establece respecto de las hipotecas (artículo 2297), hace posible y hasta fácil defraudar á un tercero, por confabulación de ven-

dedor y comprador, demorando éste meses ó años la inscripción de un contrato, pues verificada ella, con la pequeña sanción que la misma ley establece, se retrotraen sus efectos á la fecha del otorgamiento. Ese defecto de la ley y propio nuestro, que la Comisión encargada de reformar el Código «*de acuerdo con las leyes vigentes,*» debió respetar y respetó en el artículo 1638, es hijo legítimo de los prejuicios romanos y españoles sobre importancia decisiva de la tradición que dominaban á nuestro legislador; debe ser eliminado cuanto antes.

2.° Respecto de los bienes muebles, debe mantenerse la tradición como condición necesaria para el traspaso de dominio; pero, al mismo tiempo, declararse que no producen efectos respecto de terceros las tradiciones fictas, que hoy el artículo 742 declara equivalentes á la real.

He ahí la doctrina que consideraría más acertada, —la de la lógica práctica, opuesta á las doctrinas *á priori;* —y creo que al fundarla he justificado el algo presuntuoso título con que encabezo estas páginas.

Serán bellas, tendrán todo el mérito de lo antiguo y hasta de lo prehistórico ciertas petrificaciones que han producido las saturadas aguas de algunos de nuestros ríos; pero ¿dónde está la vida de esos que antes fueron organismos, y hoy sólo conservan de tales la forma? Les falta la esencia, el soplo que los animaba. Removamos las petrificaciones que obstruyen la senda de la legislación.

Pondré punto final á este estudio generalizando lo que Vidari ha dicho de las leyes comerciales: en Derecho no mudar es quedarse atrás.

Derecho Civil

PROGRAMA DE PRIMER AÑO

INTRODUCCIÓN

¿Qué es el Derecho Civil? — ¿Qué era en Roma? — Derecho escrito y Derecho consuetudinario. — Jurisprudencia. — Nuestro Derecho Civil antes del Código. — Fuentes del Código. — Utilidad de la codificación. — ¿Qué es la ley? — Definiciones de Portalis, Laurent y Mourlon. — Definición del Código Chileno. — Silencio de nuestro Código.

CÓDIGO CIVIL

TÍTULO PRELIMINAR

DE LAS LEYES

Las disposiciones de este título convienen á todos los Códigos. — Intervención de los tres Poderes del Estado en la formación de la ley. – Sanción, promulgación y publicación. — Sistemas de promulgación. — Sistema gradual y sistema uni-

forme. — Sistema del Código. — ¿Desde cuándo es obligatoria la ley? — Corolario. — ¿Á quién obliga la ley? — Principio del Código. — Teoría de los estatutos. — Leyes que obligan al ciudadano, aunque esté domiciliado fuera de la República. — Leyes que obligan al extranjero, aunque no resida en la República. — Ley que rige la forma de los instrumentos. — Casos en que la ley exige instrumentos públicos. — Retroactividad. — Principio del Código. — Cuestiones que suscita. — Solución que proponen Laurent y Mourlon. — Renuncia de las leyes. — General y especial. — Efectos que surten. — Derogación de las leyes. — ¿Cómo puede operarse? — Derogación expresa y derogación tácita. — ¿Qué leyes no pueden ser derogadas por convenios particulares? — Interpretación y explicación de las leyes. — ¿Á quién competen? — Interpretación auténtica, judicial y doctrinal. — Alcance de cada una de ellas. — Reglas de interpretación. — Situación del juez en presencia de obscuridad ó deficiencia de la ley. — ¿Es la misma en materia penal que en materia civil? — Artículo 134 de la Constitución.

LIBRO I

DE LAS PERSONAS

TÍTULO I

DE LAS DIFERENTES PERSONAS CIVILES

¿Quiénes son personas? — Personas propiamente dichas y personas jurídicas. — Corporaciones, asociaciones y establecimientos prohibidos, permitidos y reconocidos por la autoridad pública. — Nacionales y extranjeros. — Artículo 132 de la Constitución. — Domiciliados y transeuntes.

TÍTULO II

DEL DOMICILIO DE LAS PERSONAS

¿Qué es el domicilio? — Domicilio. — Residencia. — Mera residencia. — Domicilio civil. — Ánimo de permanecer; circunstancias que le hacen presumir. — Casos en que esas circunstancias concurran en varias secciones territoriales respecto de un mismo individuo. — Domicilio del eclesiástico, del soldado, del empleado público, de la mujer casada, del que está bajo patria potestad, tutela ó curaduría, del sirviente, de aquel respecto de quien no concurren en ninguna parte circunstancias constitutivas de domicilio. — Domicilio convencional. — Domicilio de las personas jurídicas.

TÍTULO III

DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

¿Qué es estado civil? — Crítica de la definición del Código. — Estado civil y capacidad. — Prueba del estado civil. — Régimen anterior á la ley de 1879. — Crítica. — Régimen actual. — Crítica. — Prueba del estado civil de casado y de padre ó madre ó hijos legítimos. — Prueba de la edad y de la muerte. — Prueba del estado civil de padre ó madre ó hijos naturales. — Fuerza probatoria de los testimonios de los registros. — Causas por que pueden ser impugnados. — ¿Cómo puede suplirse la falta de los testimonios? — Otros documentos; prueba testimonial de hechos constitutivos del estado civil; posesión notoria. — Posesión notoria del estado matrimonial. — Posesión notoria del estado de hijos legítimos. — Duración de la posesión notoria y exigencias de la ley en cuanto á su prueba. — Prueba de la edad en caso de falta absoluta de instrumentos ó declaraciones que la acrediten.

TÍTULO IV

DE LOS AUSENTES

Consideraciones generales. — Ausencia en el sentido jurídico. — Ausencia y no presencia. — Importancia de este título.

CAPÍTULO I

DE LA PRESUNCIÓN DE AUSENCIA

¿Qué hechos la autorizan? — ¿En qué caso pueden dar lugar á procedimiento judicial?; necesidad real de proveer á la administración de los bienes; falta de apoderado, petición de los interesados ó del Ministerio Público. — ¿Á quién llama la ley interesados? — Derecho del cónyuge presente. — Fundamento de las medidas que la ley autoriza y del derecho que acuerda á ciertas personas para pedirlas.

CAPÍTULO II

DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

Tiempo en que puede pedirse, según los casos. — Funcionario que hace la declaración. — Interesados que pueden solicitarla. — Extremos que debe justificar el que la solicita. — Formalidades de la declaración.

CAPÍTULO III

DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA

SECCIÓN I

DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA RELATIVAMENTE Á LOS BIENES ACTUALES DEL AUSENTE

Posesión interina. — ¿Quiénes pueden pedirla cuando hay testamento, y quiénes cuando no le hay? — Objeto de la posesión interina. — Sus ventajas y sus inconvenientes. — Derecho y facultades que confiere al que la tiene y obligaciones que le impone. — ¿Quién puede oponerse á la misión en posesión interina, y en qué casos? — Intervención del Ministerio Público. — ¿Qué sucede si vuelve el ausente ó nombra apoderado durante la posesión interina. — Posesión definitiva. — ¿Quiénes pueden pedirla, y cuándo? — Juez competente para decretarla.— ¿Puede oponerse á ella el cónyuge presente? — Derechos, facultades y obligaciones de los que la obtienen. — Derecho del ausente si vuelve. — Derechos de sus descendientes legítimos en igual caso. — ¿Contra quién deben ejercer sus acciones los que tengan que demandar al ausente durante la posesión interina ó definitiva?

SECCIÓN II

DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA CON RELACIÓN Á LOS DERECHOS EVENTUALES QUE PUEDEN COMPETIR AL AUSENTE

Caso en que se reclama un derecho que recaiga en individuo ausente presunto ó declarado. — Caso en que se verifica herencia á que es llamado un ausente presunto. — Caso en que se abre la sucesión después de declarada la ausencia. — Derecho del ausente ó de sus sucesores si vuelven. — Derecho de los que han poseído la herencia.

SECCIÓN III

DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA RELATIVAMENTE AL MATRIMONIO

Efecto de la ausencia sobre el vínculo matrimonial. — Efecto del matrimonio del cónyuge presente. — ¿Quién puede decir de nulidad de este matrimonio? — Razón por la cual el Código sólo concede ese derecho al cónyuge ó á su apoderado. — Efecto de la ausencia del padre respecto de los hijos menores, según tengan madre ó no. — Ídem respecto de los hijos de un matrimonio anterior.

TÍTULO V

DEL MATRIMONIO

Definiciones de Portalis, de Mourlon y del Código Chileno. — Crítica. — Vacío del Código. — Naturaleza del matrimonio. — Disputa entre el Poder Civil y las Iglesias. — Estado de la cuestión. — ¿Cómo la ha resuelto nuestro Código? — Régimen anterior á la ley de 1885. — Crítica — Régimen actual. — Crítica.

CAPÍTULO I

DE LOS ESPONSALES

Obligación que constituyen. — Efectos de la cláusula penal, si se hubiera estipulado.

CAPÍTULO II

DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

SECCIÓN I

DEL CELEBRADO EN LA REPÚBLICA

Matrimonio civil obligatorio y previo. — Requisitos. — Matrimonio *in extremis.* — Requisitos para que pueda llegar á tener efectos legales. — Efectos legales de los matrimonios celebrados civilmente antes de la promulgación de la ley vigente. — Impedimentos dirimentes para el matrimonio. — Edad. — Consentimiento. — Vínculo no disuelto de un matrimonio anterior. — Parentesco en línea recta y transversal. — Adulterio precedente. — Falta de consagración religiosa: caso en que constituye impedimento dirimente.

SECCIÓN II

DEL CELEBRADO Ó DISUELTO EN PAÍS EXTRANJERO

Efectos que produce en la República el matrimonio celebrado en el extranjero. — Diversos casos. — Efectos de la disolución del matrimonio en el extranjero, según los casos. — Disolubilidad en la República del matrimonio celebrado en el extranjero.

CAPÍTULO III

DE LOS REQUISITOS CIVILES PREVIOS AL MATRIMONIO EN GENERAL

Consentimiento de los ascendientes, del tutor ó del curador especial. — Casos en que es necesario. — ¿Le necesita el hijo natural? — Recurso para el caso en que niegue el consentimiento

la persona que debe prestarlo. — Requisito previo á la celebración del matrimonio del tutor y curador, ó sus descendientes, con el pupilo ó pupila. — Requisitos previos al matrimonio del viudo ó viuda. — Penas al funcionario que infrinja las disposiciones que le incumben relativas al matrimonio.

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

SECCIÓN I

DE LOS DEBERES DE LOS ESPOSOS PARA CON SUS HIJOS Y DE SU OBLIGACIÓN Y LA DE OTRAS PERSONAS A PRESTARSE RECÍPROCAMENTE ALIMENTOS

Obligación de mantener y educar á los hijos. — Obligación de los demás ascendientes á falta de los padres. — Reciprocidad. — Obligaciones entre suegros y yernos ó nueras. — Casos en que cesan. — Obligaciones entre hermanos legítimos. — Cosas que comprende la ley bajo la denominación de alimentos. — Cuantía y forma de los alimentos. — ¿Quién los determina? — Caso en que pueden modificarse. — Intransmisibilidad del derecho á alimentos. — Pensiones atrasadas. — Compensación.

SECCIÓN II

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE MARIDO Y MUJER

Deberes morales y deberes jurídicos exigibles. — Deber de seguir al marido. — Recurso en caso de negativa infundada. — ¿Procede en este caso la intervención judicial? — Silencio del Código. — Administración de la sociedad de bienes. — Deber del marido al suministro en todos los casos. — Deber de la mujer en caso de pobreza del marido. — Razón de la diferencia. — Vínculos que fluyen en relación con los bienes. — Relación entre los casados en país extranjero. — Distinción cuando el derecho del lugar consagra la separación. — Ídem cuando

establece la comunidad. — Incapacidad de la mujer para comparecer en juicio y contratar. — Fundamento de esa incapacidad y sus consecuencias. — Excepción en materia criminal. — Obligación del marido de costear las litis-expensas. — La incapacidad de disponer no se extiende al testamento. — Adquisición lucrativa. — Asistencia de terceros cuando ambos cónyuges ó uno solo es menor. — Artículo 2011. — Su alcance práctico. — Cómo se procede en ausencia del marido y cuándo se supone ésta, aunque no exista en el sentido de la ley. — Venia. — Puede ser general y concreta. — La revocación puede ser arbitraria, pero no retroactiva. — La ratificación se equipara á la venia. — Como ella, puede ser general y especial. — Puede también ser expresa y tácita. — Los hechos que hacen presumir esta última quedan reservados á la apreciación del juez. — Casos en que se presumen de derecho. — De la mujer que ejerce profesión ó industria públicamente. — Esfera de acción para la que se presume autorizada. — Mujer comerciante. — ¿Qué clase de nulidad produce la falta de venia? — Personas que pueden alegarla.

CAPÍTULO V

DEL DIVORCIO Ó SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES EN CUANTO Á LA HABITACIÓN

SECCIÓN I

DEL DIVORCIO

¿A quién compete conocer en los juicios de divorcio, nulidad y disolución de matrimonio, como en las demás cuestiones que digan relación con el matrimonio? — Causas que pueden dar lugar al divorcio. — Razón de la diferencia en el caso de adulterio. — Personalidad de la acción. — El mutuo consentimiento no basta á determinar el divorcio. — Razón histórica de esta prescripción. — Juez competente para conocer en el juicio. — Requisito previo para entrar á él. — Medidas que han de

adoptarse al proveer sobre la demanda. — Depósito, fijación de litis-expensas y alimentos y providencias conservatorias de los bienes dotales. — Ídem de los sociales. — Peligro de estos últimos para el interés de los terceros que contraten con el marido. — ¿A quién incumbe el cuidado y tenencia de los hijos menores de cinco años? — Excepciones con que puede excluirse la acción de divorcio. — Si iniciada por el marido podría la mujer pugnar por las medidas provisorias, señaladamente el inventario. — Pruebas admisibles en este juicio. — Razón por la cual se limita la fuerza de la confesión. — Recursos contra las sentencias en juicio de divorcio. — Peculiaridad de la sentencia. — Su razón. — Conveniencia de llevar al conocimiento judicial la reconciliación cuando se produce.

SECCIÓN II

EFECTOS DEL DIVORCIO

Época en que comienzan. — Tenencia de los hijos según la edad. — Según la inocencia ó culpabilidad de los padres. — En el caso de culpabilidad de ambos procede el albedrío judicial. — Derecho de vigilar la educación de los hijos. — A quién incumbe la obligación de alimentar á los hijos. — Subsistencia de los deberes anexos á la patria potestad. — Efectos respecto de los bienes donados en consideración al matrimonio. — Respecto de la sociedad legal. — Respecto á los legados. — Obligación del marido culpable con relación á la mujer. — Obligación respecto del cónyuge indigente aunque sea culpable. — Razón de humanidad que justifica esta prescripción. — Quién regula esa contribución y con qué datos.

CAPÍTULO VI

DE LA DISOLUCIÓN Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

SECCIÓN I

DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Consideraciones generales.—Caso en que tiene lugar la disolución.

SECCIÓN II

DE LA NULIDAD

En qué caso procede. — ¿Los principios acerca de los vicios del consentimiento por error ó violencia aplicables á los contratos en general, son también aplicables al matrimonio? — ¿Con qué restricciones? — ¿Por qué el error sólo se puede alegar cuando es relativo á la persona? — ¿Admite el Código como vicio del consentimiento el error en cuanto á las cualidades morales y materiales de la persona? — ¿Por qué no se admite como vicio del consentimiento el dolo? — De la impotencia. — ¿Qué se entiende por tal? — Casos de esterilidad y hermafrodismo. — ¿La impotencia puede ser causa de nulidad del matrimonio según el Código? — En teoría, ¿en qué casos debe admitirse? — Necesidad de distinguir entre la impotencia antecedente y superviniente al matrimonio, para resolver si debe ó no proceder la acción de nulidad. — Fundamento de la distinción. — Restricciones con que debe admitirse la acción según la naturaleza de la impotencia. — Prescripción de la acción. — Cuál es el juez competente para conocer de estos juicios. — Naturaleza de la acción. — ¿Es siempre privada? — ¿Es personalísima? — ¿En qué caso es pública? — Fundamentos de la intervención del Ministerio Público. — Efectos de la diso-

lución y declaración de nulidad. — Situación de los hijos del matrimonio nulo. — Distinción según los casos. — Penas á los contrayentes.

TÍTULO VI

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Generalidades. — Crítica del epígrafe de este título. — Qué se entiende por paternidad, maternidad y filiación. — Carácter de las ideas que tales palabras expresan. — Si expresan ideas distintas, si bien inseparables y correlativas, el epígrafe de este título es incompleto. — ¿Cómo puede comprenderse toda la materia de que se ocupa ese título bajo un epígrafe más simple? — Cómo se divide la filiación. — Divisiones generales. — Filiación legítima y filiación natural. — Subdivisiones. — Filiación legítima y legitimada. — Filiación natural. — Adulterina. — Incestuosa. — Filiación adoptiva. — Caracteres distintivos de estas diferentes clases de filiación. — Especialidad de la filiación adoptiva. — Su razón de ser en la actualidad y en tiempos pasados. — Clasificación del estado civil de hijos. — La filiación como fuente de derechos. — Extensión de esos derechos según cada una de esas clasificaciones. — Enumeración de esos derechos según se trate del hijo legítimo, legitimado y adoptivo, del natural, incestuoso, ó adulterino.

CAPÍTULO I

DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

Quiénes son hijos legítimos según el Código. — Prueba de la paternidad y de la maternidad. — Diferencia entre una y otra. — Sus fundamentos. — Imposibilidad de producir una prueba directa de la paternidad. — Medio de salvar esa dificultad. — De la presunción legal. — *Pater is est quem justæ*

nuptiæ demonstrant. — Su explicación y fundamentos. — Limitaciones con que debe aplicarse según nuestro Código. — Crítica. — Otros casos de excepción aconsejados por la ciencia. — De la gestación. — Término legal máximum y mínimum. — Razones fisiológicas en que se funda esa prescripción legal de la fijación de término. — Casos de excepción. — En qué casos el marido no puede desconocer la paternidad de la criatura nacida de su esposa antes de transcurrir el término mínimum de la gestación contado desde la celebración del matrimonio. — *a)* Conocimiento por parte del marido del hecho de la preñez. — *b)* Asentimiento suyo para que se ponga su apellido á la criatura en el acta de nacimiento ó bautismo. — *c)* El hecho de no haber nacido viable la criatura. — Razones poco satisfactorias que dan los autores para explicar este último caso de excepción. — El hijo no viable se considera como no existente, y por consiguiente no adquiere ningún derecho. — Falsedad del criterio fundado solamente en el interés material de negar la paternidad. — Razones de orden moral que justificarían la acción por desconocimiento, aun cuando el interés material del padre no estuviese comprometido. — Cuál es el fundamento único que puede justificar ese caso de excepción, según la criatura haya nacido ó no en completo desarrollo. — Qué se entiende en derecho por criatura *viable.* — Cuestiones entre los juristas. — Cómo la resuelve el Código. — Otros casos de excepción. — La imposibilidad física por parte del marido de tener acceso con su mujer ¿puede servir de fundamento á la acción de desconocimiento de la paternidad? — ¿En qué condiciones? — ¿La impotencia natural puede considerarse según el Código como un caso de imposibilidad física? — Examen de la cuestión. — Crítica de nuestro derecho positivo á tal respecto. — El adulterio confesado por la mujer ¿basta para fundar la acción de desconocimiento? — En qué condiciones. — Caso de divorcio. — Naturaleza de la acción de desconocimiento. — Término de su duración. — Cuándo pueden intentarla los herederos. — Contestación de legitimidad. — En qué caso procede y quiénes pueden intentarla. — Exposición y crítica. — Precauciones legales de que puede valerse la viuda que se creyese haber quedado

en estado de embarazo. — Derecho de los interesados en la herencia del marido difunto. — Caso de parto supuesto. — Por quiénes puede ser alegado con el fin de contestar la legitimidad. — Prescripción de las acciones por reclamación ó denegación de la filiación y por contestación de legitimidad. — Diferencia de esas acciones. — Utilidad práctica de la distinción.

CAPÍTULO II

SECCIÓN I

DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS HIJOS NATURALES

Qué se entiende por legitimación. — En qué condiciones debe hallarse la persona para poder ser legitimada. — Cómo se verifica la legitimación. — La condición de que los padres del hijo que se trata de legitimar pudieran contraer matrimonio, ¿debe considerarse con relación á la época de la concepción ó á la época del nacimiento? — Examen de esta cuestión. — Cómo la resuelve el Código. — Efectos jurídicos de la legitimación. — ¿El hijo legitimado está en iguales condiciones que el hijo legítimo? — El domicilio de origen, sea dentro ó fuera de la República, ¿establece diferencia en cuanto á la legitimación según nuestro derecho positivo? — Crítica al Código sobre este punto. — ¿Puede legitimarse un hijo fallecido?

SECCIÓN II

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES

Formas del reconocimiento. — Habilidad indispensable en el reconocido. — Personas que pueden reconocer. — Prohibición de revelar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, cuando el reconocimiento es parcial. — Razón. — ¿Qué derecho atribuye la calidad de hijo natural reconocido? — Quiénes pueden oponerse al reconocimiento y á la reclamación del hijo. — ¿Siem-

pre es irrevocable é incondicional, aunque sea hecho por acto de última voluntad? — Conflictos é incertidumbre de estado en caso de pluralidad de reconocimientos. — Criterio para resolverlos. — Indagación de la paternidad. — Caso en que la época de la concepción concuerda con la del rapto ó estupro. — Inconvenientes de la prohibición del artículo 218. — Indagación de la maternidad. — Caso en que no se admite en relación al derecho sucesorio.

CAPÍTULO III

DE LOS HIJOS ADULTERINOS É INCESTUOSOS

Definiciones. — Prohibición absoluta de indagar la paternidad ó maternidad á su respecto. — Ausencia de todo vínculo y de todo derecho en esas filiaciones. — Excepción de ese principio.

TÍTULO VII

DE LA ADOPCIÓN

Definición. — Quiénes pueden adoptar. — Condición personal de los adoptantes. — Casos en que después de la adopción sobreviniesen hijos. — Prohibición al guardador. — Razón de la diferencia en la edad y de la singularidad de la adopción. — Razón de la prohibición de adoptar á los hijos ilegítimos. — Requisitos formales para la adopción de mayores y menores. — Conservación del vínculo con la familia natural. — Efectos de la adopción fuera de la afinidad que produce. — Falta de armonía en relación al derecho sucesorio. — La adopción es irrevocable. — Resuélvese la cuestión que surge de la Ley Francesa.

TÍTULO VIII

DE LA PATRIA POTESTAD

CAPÍTULO I

DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS HIJOS LEGÍTIMOS

En qué consiste esta institución. — Definición analítica y definición sintética. — La definición de la ley es deficiente en cuanto no comprende las obligaciones del padre con relación al hijo. — Hay en ella impropiedad de lenguaje, al considerar como derecho las facultades que el padre tiene con relación al hijo menor. — Objeto de la institución. — ¿En interés de quién es creada? — Intereses armónicos de los hijos, de los padres y del Estado. — ¿Quiénes ejercen la patria potestad? — Innovación del Código con relación al Derecho Romano. — Facultades y derechos subsidiarios de la madre sobre la persona y bienes de los hijos. — El principio según el cual la madre sólo ejerce la patria potestad en defecto de su marido, no es absoluto. — Casos de excepción. — Enumeración y explicación de las facultades y de las obligaciones del padre ó de la madre con relación á la persona del hijo. — Derechos y obligaciones con relación á sus bienes. — Prohibiciones.

CAPÍTULO II

DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS HIJOS NATURALES

Condiciones de su ejercicio. — Diferencia de la institución cuando se trata de hijos naturales, relativamente á los bienes del menor. — Crítica de la prescripción legal que establece esa diferencia.

CAPÍTULO III

DE LOS MODOS DE ACABARSE, PERDERSE Ó SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD

Modos de acabarse. — Razón de las singularidades respecto de la edad. — De la emancipación. — Formas internas y externas. — Razón del consentimiento del hijo. — Es irrevocable. — Diferencia entre la emancipación por el matrimonio y la contractual en orden á los bienes. — Su razón. — Efectos en orden á la capacidad jurídica. — Respecto al matrimonio. — Por qué causas se pierde. — Por qué causas se suspende. — Modo de proceder. — Responsabilidad en el caso de ulterior matrimonio de la madre. — Diferencia entre pérdida y suspensión. — En ambos casos sucede la mujer al marido.

TÍTULO IX

DE LA HABILITACIÓN DE EDAD

Fundamentos de esta institución. — En qué se distingue de la emancipación. — ¿Quién puede ser habilitado? — ¿Por quién? — ¿Con qué requisitos? — Necesidad de la audiencia del tutor y defensor de menores. — Irrevocabilidad del acto. — Es irrevocable también la que produce el matrimonio. — Efectos de la habilitación respecto de la capacidad del menor. — ¿Puede contratar? — ¿Puede comparecer en juicio? — ¿Puede contraer matrimonio libremente? — ¿Puede exigir entrega de lo que se le debe, con condición de no recibirlo hasta su mayor edad?

TÍTULO X

DE LA TUTELA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Qué son las diferentes clases de tutela. — Fundamento de esta institución. — Es un cargo esencialmente personal y público. — Rechaza la pluralidad. — Representación en todos los actos civiles. — La acción para la provisión es pública. — Medidas provisorias. — Quién puede dictarlas ó instarlas. — Intervención del Ministerio Público en todo lo que se refiere á la tutela y al cumplimiento de las obligaciones del tutor. — Clases de tutela que reconoce el Código Civil.

CAPÍTULO II

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE TUTELA

SECCIÓN I

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

Quiénes pueden nombrar tutor y á quién. — ¿ Puede la tutela ser condicional ó por tiempo? — Prohibiciones especiales: su razón de ser. — Condiciones en que puede nombrarse más de un tutor. — ¿ Procede el nombramiento en el caso de desheredación del hijo? — ¿ El nombramiento de tutor es revocable? — ¿ Caducando el testamento, caduca á su vez el nombramiento? — ¿ Debe ser confirmado por el juez, cuando es legalmente hecho? — Razón de esta intervención.

SECCIÓN II

DE LA TUTELA LEGÍTIMA

Cuándo tiene lugar. — Quiénes son las personas llamadas. — Los parentescos á que se refiere la ley, son los legítimos. — Esa tutela, con mayor razón que la testamentaria, necesita confirmación. — Datos á que debe atenerse el juez. — Caso en que durante la minoría faltare el tutor legítimo. — Obligación de la abuela viuda que pasa á nuevas nupcias.

SECCIÓN III

DE LA TUTELA DATIVA

Cuándo procede. — Derecho de proposición por el Ministerio Público. — ¿Esta provisión puede ser condicional ó por tiempo limitado? — Diferencia capital entre la actual y la antigua tutela.

SECCIÓN IV

DE LA TUTELA DE LOS HIJOS NATURALES

¿Pueden los padres proveer de tutor al hijo natural? — ¿Existe tutela legítima de los hijos naturales? — ¿Por qué no? — Obligación de la madre natural que se casa. — Tutela de los expósitos.

CAPÍTULO III

DE LAS INCAPACIDADES PARA LA TUTELA Y DE LAS CAUSAS DE EXCUSA Y REMOCIÓN DE TUTORES

SECCIÓN I

DE LAS CAUSAS DE INCAPACIDAD Y EXCUSA

Diferencias entre unas y otras. — Quiénes son incapaces. — Quiénes pueden excusarse. — Sanción de la ocultación de la incapacidad. — Tiempo de proponer las excusas cuando preexisten. — Cuando son sobrevinientes. — Sanción para el caso de repulsa en sentencia aceptada por la parte ó confirmada por el superior. — Medio de exonerarse de esa responsabilidad. — Sanción para el tutor testamentario que se excusa ó es removido. — Su razón.

SECCIÓN II

DE LA REMOCIÓN DE LA TUTELA

Quiénes deben ser removidos. — Causas. — ¿Es pública la acción para pedir la remoción? — Provocada la acción, ¿qué medida provisoria debe adoptarse? — Procedimiento á seguir en el caso de declararse procedente la remoción. — Ídem en el caso de ser improcedente. — Penalidades para el falso denunciante. — Excepción respecto del Ministerio de Menores.

CAPÍTULO IV

DE LAS DILIGENCIAS Y FORMALIDADES QUE DEBEN PRECEDER AL EJERCICIO DE LA TUTELA

Del discernimiento previo al ejercicio del cargo. — En qué consiste. — Á quién compete. — Otras atribuciones del juez de la tutela, aunque los bienes no radiquen en su jurisdicción. — Garantía del fiel desempeño del cargo. — Fianza personal. — Hipotecaria. — Personas exceptuadas. — Bienes sobre que es calculada. — Razón de exceptuar los inmuebles. — Extraña modificación de estos principios por el Código Argentino. — Reducción ó ampliación de la garantía. — Abolidas por el Código las hipotecas tácitas y legales. — ¿La fiduciaria, que exige esta materia, sigue la regla de la convencional, especial y registrada? — Nulidad de los actos efectuados sin el discernimiento previo. — Excepción fundada en la necesidad y utilidad. — Obligación subsiguiente. — Inventario. — Tiempo en que debe verificarse. — Carácter de esta obligación. — Es de orden público. — Personas que pueden asistir. — Á quién incumbe la designación. — Extremos que ha de comprender el inventario. — Ampliación por omisión. — Formas externas de ambos. — Denuncia que debe hacer el tutor si resultare deudor ó acreedor del pupilo. — Requerimiento obligatorio del escribano. — Objeto de esta precaución. — Sanción. — Caso en que se hubiese padecido error en cantidad ó calidad. — Pasajes oscuros. — En favor de quién se interpretan. — Formalidades en el caso de renovación de tutor.

CAPÍTULO V

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA TUTELA

La tutela discernida en la República, ¿en qué casos se rige por sus leyes? — Si tuviere bienes fuera de ella, ¿por qué leyes se

regirán? — ¿Si el menor domiciliado en el extranjero tiene bienes en el país? — Obligaciones generales del tutor respecto á la persona y bienes del menor. — El tutor presta la culpa leve: ¿en qué consiste ésta? —Responsabilidad. — Como mandatario legal, es más ó menos intensamente responsable, según opte ó renuncie al honorario. — Obligación de procurar el establecimiento y aprendizaje, con arreglo á sus facultades. — Responsabilidad por los gastos inmoderados, aunque salgan de las rentas. — Recurso á la judicatura en ciertos casos. — *a)* para que determine la profesión y la suma anual. — *b)* para que autorice el consumo de parte del capital. — *c)* para exigir alimentos de los parientes. — *d)* para conceder á éstos la tenencia y encargarlos de la educación. — *e)* para contratar el aprendizaje de un oficio y sus alimentos, careciendo de bienes. — *f)* para ausentarse de la República. — *g)* para llevar consigo al menor fuera de la República ó del Departamento. — Administración por apoderado en los puntos fuera del domicilio. — Circunstancia que debe expresarse en los actos y contratos en que intervenga el tutor, en caso de tal. — Cómo se interpreta la omisión. —Deber de cobrar el dinero. — Obligación de colocar el sobrante. — Recurso al juez cuando crea conveniente la adquisición de propiedades. — Responsabilidad por la omisión. — Prohibición de enajenar por autoridad propia los inmuebles en general y los muebles de valor afectivo. — Prohibición de constituir derechos reales. — Concedida la venia *causa cognita,* ¿cómo debe hacerse la venta? — Si la tasación será indispensable. — Si podrá adoptarse la forma de almoneda mixta. — Nulidad del acto por la ausencia de forma legal. — Excepciones al principio de la necesidad de la subasta pública. — Del caso en que el menor es interesado en una partición. — Exigencia especial de la ley. — *a)* para proceder á la partición, que podrá ser mixta. — *b)* para repudiar la herencia. — *c)* para repudiar las donaciones y legados. — *d)* para transacciones y compromisos en ciertos casos. — *e)* para celebrar empréstitos. — La ausencia de la autorización en este último caso, ¿excluye la repetición del acreedor, siempre que el menor se hubiese hecho más rico? — ¿El mandato del tutor incluye la facultad de re-

cibir pagos? — ¿Y la de reclamar lo que se deba al pupilo por todos los medios? — Obligación de interrumpir las prescripciones. — Facultad de arrendar. — Extensión en el tiempo según la naturaleza del predio. — Condición resolutoria implícita. — *a)* para el caso de contraer matrimonio. — *b)* para el de ser habilitado de edad. — Requisito especial necesario: — *a)* para los contratos en que intervienen parientes del tutor. — *b)* para el reembolso de anticipo. — *c)* para pagarse de un crédito. — *d)* para la continuación de giros comerciales en que sea interesado el pupilo. — *e)* para la enajenación en el caso de cesación. — *f)* para liquidar la sociedad, si no hubiera de continuar según la convención. — *g)* para hacer las veces del socio premuerto, causante del menor, en el caso de seguir según el pacto social. — Actos prohibidos al tutor aunque el juez los autorice. — Retribución del tutor. — Se calcula sobre el rendimiento ó utilidad líquida, no sobre el capital. — El testador puede aumentarla, no atacando con ello las legítimas. — Cuándo pierde el tutor el derecho á la remuneración.

CAPÍTULO VI

DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA

¿La obligación de rendir cuentas es de orden público? — Deben ser documentadas. — Excepción. — Obligación de presentar el estado trienal. — Obligación de exhibir los libros. — Alcance y efecto de las aprobaciones parciales. — Es obligación también exhibirlas siempre que lo exija el Ministerio Público. — Cuándo procede la rendición de cuentas general. — Quién puede pedirla. — Modos de acabarse la tutela. — A quién incumbe la rendición en caso de muerte del tutor. — Derecho del tutor subrogante á pedirlas. — Plazo en que debe hacerlo. — Quién debe anticipar los gastos. — Por cuenta de quién. — Lugar de la rendición. — Procedimiento de la rendición según el caso. — Intervención obligada del Defensor de Menores, cuando pasa á otro tutor. — Gastos legítimos abonables al tu-

tor. — Efectos de los arreglos previos á la rendición. — Si es debida ó indebida esa intervención de la autoridad pública, tratándose de mayores. — ¿Los saldos producen intereses? — Desde cuándo. — Acción contra el tutor que no da verdadera cuenta ó que fuere convencido de dolo ó culpa. — Prescripción de las acciones directa y contraria. — Alcance limitado de esta prescripción, no obstante la aparente generalidad de sus términos. — Opinión de los autores sobre el artículo concordante Francés (475).— ¿La entrega de los bienes debe demorarse hasta la aprobación de las cuentas?

TÍTULO XI

DE LA CURADURÍA Ó CURATELA

CAPÍTULO I

DE LA CURADURÍA GENERAL

Diferencia entre tutela y curaduría. — Analogías. — Fuera de ciertos casos de excepción, se gobiernan por unos mismos principios. — Personas sujetas á curaduría. — ¿Es taxativo el párrafo 2.º del artículo 385? — Quiénes pueden provocar la curaduría. — ¿Es pública esa acción? — ¿Qué parientes pueden deducirla? — Del reconocimiento facultativo. — Investigación directa del juez. — Medida provisoria. — Publicidad. — Objeto de esa publicidad. — Efecto que producen los actos del interdicto, provisoria ó definitivamente. — Intervalos lúcidos. — Inatacabilidad de los actos *entre vivos*, por causa de la demencia del otorgante ya fallecido. — Excepciones fluyentes de la naturaleza de los actos ó de la preexistencia de la gestión de incapacidad. — Razón de ser del principio y de las excepciones. — Cuándo cesa el curador interino. — Su obligación. — La curatela, como la tutela, ¿puede ser testamentaria, legítima

y dativa? — Quiénes pueden y á quién se puede dar la testamentaría. — Quiénes son los llamados á la legítima. — La dativa, por quién es acordada. — ¿Son perpetuas ó temporarias las curadurías? — Razón de la diferencia á ese respecto con la tutela. — ¿Quién es tutor de los hijos del interdicto? — Conveniencia de la unidad en la representación. — ¿El demente puede ser privado de su libertad? — ¿Puede ser llevado al manicomio, encerrado, atado? — ¿Cuál es el fin primordial á que deben dirigirse los esfuerzos, y el empleo de las rentas y del capital, si es necesario? — Necesidad de autorización judicial á este efecto. — Cuándo cesa la curatela. — Formalidades y necesidad legal de la declaratoria. — Publicidad.

CAPÍTULO II

CURADURÍA DE LOS BIENES

A quién se acuerda y con qué condición procede esa curaduría. — Curaduría de la herencia *yacente*. — Tratándose de extranjeros, ¿cómo se procede? — Atribuciones de los curadores: — *a)* sobre la administración. — *b)* sobre la disposición. — Actos permitidos á condición de la autorización del juez. — Personería de los curadores. — Casos en que cesa la curaduría.

CAPÍTULO III

CURADORES ESPECIALES

Casos en que hay lugar á su nombramiento. — ¿Prestan fianza? — Por quién son dados.

LIBRO II

DE LOS BIENES Y DEL DOMINIO Ó PROPIEDAD

TÍTULO I

DE LA DIVISIÓN DE LOS BIENES

CAPÍTULO I

DE LOS BIENES CONSIDERADOS EN SÍ MISMOS

Diferencia entre « bienes » y « cosas ». — Cuestión entre los autores. — Cómo la resuelve el Código. — Definición de la palabra « bien » en el sentido jurídico. — División general de los bienes. — Corporales é incorporales. — Subdivisiones. — Inmuebles, muebles y semovientes; fungibles y no fungibles. — Objetos de esas clasificaciones.

SECCIÓN I

DE LOS BIENES CORPORALES

Qué se entiende por bienes corporales. — ¿ El derecho de propiedad pertenece á esta categoría de bienes ? — Opiniones encontradas de los autores. — Cómo lo considera el Código. — Utilidad de esta división de los bienes en corporales é incorporales. — Cómo se subdividen los bienes corporales. — Bienes inmuebles, muebles y semovientes. — Caracteres que los distinguen entre sí. — De los inmuebles. — Subdivisión de esta categoría de bienes. — Inmuebles por naturaleza, por destino

y por el objeto al cual se aplican. — Razón de ser de la clasificación. — *Primera clase.* — Inmuebles por su naturaleza. — Por qué se comprenden en esta categoría los edificios ó casas. — ¿Debe distinguirse si el que construye un edificio es ó no dueño del suelo? — A qué condiciones los árboles, plantas y frutos son inmuebles por naturaleza. — *Segunda clase.* — Inmuebles por destino. — Razón general de esta ficción jurídica. — Qué cosas son inmuebles por destino. — Los animales, máquinas y demás objetos propios á la explotación de una industria, á qué condición se consideran inmuebles por destino. — Las máquinas. — Es necesario que sea el dueño del inmueble quien en su explotación emplee esos objetos para que adquieran su calidad de inmuebles por destino, ¿ó es indiferente que sea el dueño del inmueble, ó un arrendatario? — Razón de la distinción. — ¿La enumeración que la ley hace de los bienes inmuebles por destino es taxativa, ó hecha tan sólo por vía de ejemplo? — Criterio para determinar cuándo un bien debe encuadrarse en esta categoría. — *Tercera clase.* — Inmuebles por el objeto á que se aplican. — Razón de esta clasificación. — Á qué clase de bienes se refiere. — De los bienes muebles. — Qué son bienes muebles. — Clasificaciones de que son susceptibles. — Distinción entre « bienes muebles » y « muebles de una casa ». — Cuando se vende una finca con todo lo en ella existente, ¿qué debe comprender? — De los bienes semovientes. —Qué se entiende por tales. — De los bienes fungibles y no fungibles. — Criterio que establece el Código para su determinación. — Examen y crítica.

SECCIÓN II

DE LOS BIENES INCORPORALES

Qué son bienes incorporales. — ¿Todos los derechos pueden considerarse como bienes incorporales? — ¿Los derechos en las relaciones de familia no quedan excluídos? — Razón de la exclusión. — Crítica infundada de algunos expositores sobre este punto. — ¿Qué se entiende por derecho real y por derecho per-

sonal? — Utilidad de la distinción. — Criterio para establecerla. — Los derechos personales son siempre relativos. — ¿En qué sentido puede decirse que los derechos reales son absolutos? — Cuáles son los derechos reales enumerados por el Código? — ¿Su enumeración es limitativa? — ¿Puede un derecho ser *real* considerado en cierta relación y en otra ser personal?

CAPÍTULO II

DE LOS BIENES CON RELACIÓN Á LAS PERSONAS

Cómo se dividen los bienes con relación á las personas. — Si no hay *bienes sin dueño* (res nullius), ¿puede haber ocupación legítima? — ¿Cómo se armoniza el artículo 435 con el título 1.º del libro tercero del Código? — ¿Qué se entiende por bienes públicos del Estado? — ¿Qué por bienes privados del Estado ó bienes fiscales? — Examen del artículo 435 en cuanto dice que son bienes fiscales en general *todos los que la ley declare tales*. — Entre nosotros ¿tiene razón de ser la división de bienes comunales? — En relación á los bienes nacionales de uso público, ¿cuáles son los derechos de los particulares? — Reglamentaciones á que están sujetos. — ¿Esos bienes están en absoluto fuera del comercio de los hombres en el sentido de que en ningún caso pueden ser objeto de un contrato lucrativo, sea celebrado por el Municipio ó el Estado? — Examen de la cuestión teniendo en cuenta la práctica observada entre nosotros. — Distinción entre bienes fiscales que siempre han pertenecido al Estado, y bienes ocultos del Fisco. — Utilidad de la distinción respecto á los efectos de la denuncia que de esos bienes puedan hacer los particulares. — Denuncia de bienes fiscales. — Sus límites y condiciones. — Examen de la legislación patria al respecto. — Parte á que tiene derecho el denunciante de bienes ocultos.

TÍTULO II

DEL DOMINIO

¿Qué se entiende por dominio? — *¿Dominio* y *propiedad* son términos sinónimos, ó por el contrario el dominio es una consecuencia del derecho de propiedad? — Examen de la cuestión con relación á nuestro Código, al Francés y al Argentino. — Fundamento del derecho de propiedad según las distintas escuelas. — Qué derechos se hallan comprendidos en el de propiedad. — Restricciones puestas por la ley á este derecho. — ¿Esas restricciones importan un desconocimiento, ó por el contrario una confirmación del derecho? — ¿En qué derechos puede descomponerse el de propiedad? — ¿Qué se entiende por *jus utendi, jus fruendi* y *jus abutendi?* — El propietario puede ser privado de su propiedad. — En qué casos. — De la expropiación. — Procedimientos para verificarla. — Intervención de los tres poderes que constituyen el Estado. — Fundamento de esa intervención. — De la indemnización debida al propietario. — Cómo se determina y qué comprende. — Examen de los artículos 451 y 454 del Código, en cuanto privan al propietario del aumento de valor de la propiedad cuando es debido á la obra proyectada que motiva la expropiación. — ¿Son contrarios al principio constitucional que rige la materia? — Casos en que la indemnización puede no ser previa á la expropiación. — Requisitos previos á la expropiación. — Procedimientos que para ella deben observarse. — Expropiación de bienes pertenecientes á incapaces. — Expropiación de bienes gravados con hipoteca ú otros derechos reales. — Expropiación de bienes muebles. — Sus reglas. — Expropiación de parte de un edificio ó de un terreno, que se desvaloriza considerablemente. — ¿Tienen ó no derecho los particulares á pedir que se haga efectiva la expropiación decretada? — ¿Si el bien expropiado no recibe su destino? — Empresas declaradas de utilidad pública.

TÍTULO III

DEL USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

CAPÍTULO I

DEL USUFRUCTO

Definición del usufructo. — En qué se distingue el usufructo del uso y del arrendamiento. — Qué se entiende por nuda propiedad. — El propietario ¿qué provecho puede reportar de la nuda propiedad? — ¿Por qué se dice que el usufructo es el derecho de *gozar* de la cosa de otro? — División del usufructo según la ley romana. — Usufructo causal y formal. — El Código sólo se ocupa del formal. — Si se justifica la innovación. — Qué bienes pueden servir de objeto al usufructo. — Examen crítico del Código, en cuanto establece que los bienes fungibles pueden ser objeto de usufructo.

SECCIÓN I

DE LOS MODOS DE CONSTITUIRSE EL USUFRUCTO

Cómo puede constituirse el usufructo. — Diferencia para la adquisición del derecho, según se constituya por acto entre vivos ó por testamento. — Adquirido por prescripción el usufructo, ¿subsiste el derecho del nudo propietario, ó por el contrario se extinguen á la vez los *jus abutendi* y *jus fruendi?* — Explicación del artículo 473. — Adquirido el usufructo por prescripción, ¿el usufructuario tiene derecho á gozar de la cosa por cierto tiempo ó durante su vida? — ¿Por qué la ley prohibe constituir el derecho de usufructo en favor de dos ó más personas para que lo gocen sucesiva ó alternativamente? —

Duración de este derecho cuando no se ha fijado el plazo. — Limitación de tiempo cuando el usufructo se constituye á favor de una persona jurídica, y su razón de ser.

SECCIÓN II

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

Extensión de los derechos del usufructuario. — Derechos anexos al de usufructo. — Derechos de usar y habitar la cosa usufructuada. — División de los frutos en naturales, civiles é industriales. — Al hacerse dueño el usufructuario de los frutos, viene á serlo también de los *productos.* — ¿Qué diferencia existe entre *frutos* y *productos?* — Interés de la distinción. — Las piedras de una cantera, los árboles de un prado, ¿son *frutos* ó *productos?* — Imposibilidad de formar un criterio invariable para resolver todos los casos. — ¿Á qué debe atenderse ante todo? — ¿Cuándo empieza para el usufructuario y cuándo termina su derecho relativamente á la percepción de los frutos? —Diferencia según la clase de frutos de que se trate. — Cuándo adquiere los frutos naturales. — ¿Cuándo se reputan percibidos? — Cómo se resuelve la cuestión en los casos en que el usufructuario muera antes ó después de la cosecha. — Derechos del colono. — En caso de existir éste, ¿el nudo propietario, para apoderarse de los frutos, tiene que pagar los gastos de cultivo y cuidado? — ¿Puede constituirse un usufructo sobre un crédito ó renta vitalicia? — Qué derecho se confiere en tal caso al usufructuario. — Qué debe devolver al terminar el usufructo. — Qué derechos puede constituir sobre su derecho el usufructuario. — A qué condición quedan sujetos. — De las obligaciones del usufructuario. — ¿Á qué está obligado el usufructuario antes de entrar al ejercicio de sus derechos? — Naturaleza y alcance de la fianza. — Casos de excepción. — Si el usufructuario no presta la fianza en el término señalado, ¿se resuelve el derecho y el dominio útil se consolida con el directo? — Obligaciones del usufructuario, cuando la cosa usufructuada es un terreno destinado á la arboricultura. — Cuál es su obliga-

ción cuando se trata de una cantidad de ganados. — Casos en que el usufructuario haya hecho gastos para mejorar la cosa objeto del usufructo. — Obligaciones del usufructuario en cuanto á la conservación de la cosa. — De qué culpa responde. — ¿Los gastos para la conservación de la cosa son de cuenta del usufructuario ó del propietario? — Distinción según la naturaleza de los reparos que se hagan. — Los impuestos fiscales, de cuenta de quién son. — Necesidad de tener en cuenta la naturaleza del impuesto. — Casos en que la cosa usufructuada es gravada posteriormente á la constitución del usufructo, sea por acto entre vivos, sea por testamento. — Responsabilidad del usufructuario en cuanto á las deudas hereditarias. — Caso en que por un tercero se desconozcan los derechos del nudo propietario. — Obligación del usufructuario. — Caso en que por fuerza mayor corra peligro la cosa usufructuada. — En el caso que corra igual peligro la cosa objeto del usufructo y otra propia del usufructuario, viéndose éste en el caso de salvar una ú otra y en la imposibilidad de salvar ambas, ¿cuál tiene obligación de salvar? — Opiniones diversas. — Distinción. — Cómo resuelve nuestro Código el conflicto.

SECCIÓN III

DE LAS OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO

¿Cuál es su única obligación? — Explicación y alcance de ella.

SECCIÓN IV

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO

De cuántas maneras se extingue el usufructo. — Por qué se extingue el usufructo por la muerte del usufructuario. — Casos en que la muerte sea imputable al nudo propietario y en que el usufructo es oneroso: ¿se extingue entonces también el derecho? — ¿El usufructo convencional puede subsistir á pesar de la muerte del usufructuario? — Caso en que se constituye para

que dure hasta que el usufructuario cumpla tal edad, y éste muera antes: ¿la muerte extingue el usufructo ó pasa á los herederos del usufructuario hasta cumplir el número de años á que en tal caso hubiera derecho? — ¿Por qué el usufructo no se extingue por el mal uso que de la cosa haga el usufructuario? — ¿A qué tiene derecho el nudo propietario en tal caso?

CAPÍTULO II

DEL USO Y DE LA HABITACIÓN

Distinción entre el derecho de uso, el de habitación y el de usufructo. — Distinción de los dos primeros entre sí. — Definición de esos. — Su naturaleza. — Examen de la teoría de algunos civilistas, según la cual el derecho de uso puede ser un derecho personal. — Razón por la cual el Código lo considera siempre como un derecho real. — Alcance de los derechos de uso y habitación. — Por punto general, ¿á qué reglas están sujetos en cuanto á su constitución, á las responsabilidades del usuario y del habitador, respecto á la conservación de la cosa y á la extinción del derecho? — El uso y la habitación, ¿pueden ser derechos onerosos? — ¿En qué degenerarían si el propietario cobrase un precio por el servicio que presta el usuario y el habitador? — Intransmisibilidad de dichos derechos. — Razón de esta prescripción.

TÍTULO IV

DE LAS SERVIDUMBRES

CAPÍTULO I

DE LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL

Teoría general de las servidumbres. — En qué fundamentos se apoyan. — Qué se entiende por servidumbre predial ó simplemente servidumbre. — Qué es predio sirviente y qué predio dominante. — Servidumhre activa y pasiva. — ¿Hay servidumbre personal? — Diferencia entre servidumbre y obligación. — Servidumbres continuas y discontinuas. — Aparentes y no aparentes. — ¿Las servidumbres constituyen un todo inseparable del predio sirviente ó dominante? — ¿Son, pues, indivisibles? — Alcance de esa indivisibilidad. — Fuentes de las servidumbres. — Objeto de las servidumbres legales. – Las servidumbres legales que sólo miran al interés particular, ¿pueden ser modificadas por pactos privados?

CAPÍTULO II

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

SECCIÓN I

DE LAS SERVIDUMBRES DE AGUAS

Sujeción del predio inferior á recibir las aguas que descienden naturalmente del superior. — Prohibición de ejecutar en aquél obras que perjudiquen esa servidumbre. — Prohibición recíproca para el propietario del predio superior. — De-

tención del agua corriente. — Medidas á adoptarse. — Obligación de reparar las obras defensivas. — Quiénes deben costearlas. — Sanción para el caso de ser debida á hecho del hombre la detención de las aguas ó el daño de las obras defensivas. — Limitación al derecho del dueño de fuente ó manantial para aprovechar de la corriente. — Derecho del dueño de un predio por cuya orilla pasa agua corriente para utilizarla. — Triple limitación: *a)* cuando sea navegable ó flotable; *b)* el perjuicio del otro ribereño; *c)* los reglamentos locales. — Atribuciones de los Tribunales sobre el particular. — Del uso del agua de los ríos y arroyos y de sus riberas. — Imprescriptibilidad de este uso. — Atribuciones municipales. — De las aguas de propiedad particular. — ¿Pueden ser objeto de expropiación? — Del derecho al uso y apropiación de las aguas lluvias. — ¿Puede oponerse prescripción en contrario? — De las servidumbres de acueducto. — Su objeto. — Su importancia para los predios no ribereños. — Por dónde pueden llevarse. — Excepciones. — Modo de resolver el conflicto cuando no hay acuerdo de voluntades. — Indemnizaciones á favor del dueño del predio sirviente. — Reparación de los perjuicios. — Derechos anexos á la servidumbre. — Imposibilidad de plantaciones en el espacio lateral. — ¿El que tiene ya un acueducto, puede resistir la construcción de otro? — Indemnización que en este caso corresponde al dueño. — Derecho al ensanche del que ya tiene un acueducto en su favor. — Aplicación de estos principios á las obras de desagüe. — Abandono del acueducto. — ¿Hay propiedad en los términos del artículo 553? — Aguas de acequia. — De las obras de entretenimiento: *a)* puente; *b)* acueductos. — De las obras de canalización. — Autorización necesaria.

SECCIÓN II

DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Tienen derecho á ella todos los propietarios de predios enclavados. — Prestación á que están obligados. — Ruta por donde debe darse paso. — Pueden convenir las partes, así el ejerci-

cio como la indemnización. — ¿Cómo se determinan en defecto de convenio? — ¿La acción á la indemnización es prescriptible? — Casos en que desaparece la servidumbre. — Devolución que debe hacer el dueño del predio que fué sirviente. — Cuándo se vende ó permuta una parte del predio. — Servidumbre accidental de paso por la inutilización del camino. — De quién es, en ese caso, la obligación de indemnizar y modo de determinarla en todos los casos.

SECCIÓN III

SERVIDUMBRE DE DEMARCACIÓN, CERRAMIENTO Y MEDIANERÍA

Imposición de la ley respecto á los propietarios colindantes. — Su alcance. — Derecho de los propietarios á que se fijen los límites y á que se repongan los mojones. — Qué se entiende por mojones. — Efectos de la mensura. — Del derecho á cercar ó cerrar. — En los pueblos, orillas y sus arrabales. — En el campo. — Obligación de contribuir á la divisoria el condómino y modo de exonerarse de aquélla. — Si la renuncia puede ser previa ó si puede ser después de la construcción. — Presunción de medianería. — ¿De qué hechos se induce? — Obligación de reparar las paredes medianeras. — Exoneración por renuncia. — Casos en que proceden las reparaciones. — Modo de resolver el conflicto en falta de acuerdo. — Derechos del condómino de pared medianera. — Derecho á alzar la pared. — Prestaciones que fluyen de ese derecho. — Derecho á hacer medianera la pared. — Indemnizaciones en ese caso. — Casos en que desaparece ese derecho parcialmente. — Obras prohibidas. — Presunción de medianería en las zanjas. — Señales que la excluyen. — Refacción de las zanjas. — ¿Cuándo se presume medianero el cerco divisorio? — Excepción. — Condominio en los árboles que lo constituyen. — Derecho á pedir que se derriben. — ¿Si perecen por accidente?

SECCIÓN IV

DE LA DISTANCIA Y OBRAS INTERMEDIAS QUE SE REQUIEREN PARA CIERTAS CONSTRUCCIONES Y PLANTACIONES

Construcción de pozos, letrinas, hornos, etc., cerca de pared. — Depósitos de pólvora, estiércol, etc. — Distancias en la plantación de árboles, hortalizas, etc. — Derecho del lindero perjudicado á pesar de la distancia. — Respecto de la navegación de ríos y arroyos, reparación de caminos, etc., son de observarse también los reglamentos y leyes especiales.

SECCIÓN V

DE LAS LUCES Y VISTAS DE LA PARED DEL VECINO

Consentimiento indispensable en ese caso. — Precaución con que deben abrirse no habiendo medianería. — Casos en que el vecino puede impedirlo. — ¿ Puede en pared propia abrirse ventana con vistas á las habitaciones, patios, etc., del vecino? — Distancia que debe guardarse. — Manera de calcularse.

SECCIÓN VI

DEL DESAGÜE DE LOS EDIFICIOS

¿ Hay servidumbre legal de aguas pluviales?

SECCIÓN VII

DE LA OBLIGACIÓN DE PREVENIR UN DAÑO QUE AMENAZA

Obligación del propietario de la obra ruinosa. — Deber de la autoridad, en caso de resistencia de aquél. — Igual temperamento respecto á los árboles que entrañen algún peligro. — Disposición del artículo 1201 del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO III

DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS

SECCIÓN I

DE LOS QUE PUEDEN CONSTITUIR SERVIDUMBRE

¿Quiénes tienen aptitud para constituirla por contrato y por testamento? — Concurso necesario del nudo propietario y el usufructuario en el caso de propiedad sujeta á usufructo. — Tratándose de dominio resoluble ó precario, ¿cómo se entiende concedida la servidumbre? — ¿Puede otorgarse antes de que haya recibido el dominio el otorgante? — ¿Puede otorgarla el dueño de fundo hipotecado? — ¿El dueño de predio sirviente puede imponerle otras servidumbres? — Caso del comunero proindiviso. — ¿Para adquirir la servidumbre es indiferente la buena ó mala fe con que se posee el predio? — ¿Pueden adquirirla: *a)* el que carece de la administración de sus bienes; *b)* el administrador de bienes ajenos; *c)* el que espera ser propietario?

SECCIÓN II

CÓMO SE CONSTITUYEN LAS SERVIDUMBRES

La presunción es en favor de la libertad. — Cómo se constituyen las servidumbres continuas y aparentes á la vez. — Las servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas no aparentes, ¿cómo pueden obtenerse? — La existencia de signo aparente entre dos predios, ¿en qué caso puede suplir la falta de título? — Consecuencias que surgen de esas prescripciones del Código. — ¿Hay necesidad de la tradición en las establecidas por convención? — Cuándo se adquieren las de última voluntad. — Derechos incluídos en la servidumbre.

SECCIÓN III

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS DUEÑOS DE PREDIOS DOMINANTES Y SIRVIENTES

Fluyen del título constitutivo. — Sólo en su silencio ó deficiencia se aplican las disposiciones de esta rúbrica. — De las reparaciones y obras indispensables y por cuenta de quién se harán. — Modo de usar de la servidumbre. — Alteraciones prohibidas, tanto al dueño del predio sirviente, como al del dominante. — Casos en que se torne más gravosa la servidumbre sin alteración. — Variaciones que pueden hacerse. — Anchura en la servidumbre de paso, en el silencio del título. — Espacio donde forma recodo ó ángulo.

SECCIÓN IV

CÓMO SE EXTINGUEN LAS SERVIDUMBRES

Sus causas generales. — Prescripción del modo de ejercerlas. — Efectos de la suspensión é interrupción á favor de un condómino del predio dominante.

TÍTULO V

DE LA POSESIÓN

CAPÍTULO I

DE LA NATURALEZA DE LA POSESIÓN Y DE SUS EFECTOS Y VICIOS

¿Qué se entiende por posesión? — ¿Es un hecho ó un derecho? — Elementos constitutivos de la posesión. — ¿La aprehensión material indispensable por derecho romano, también lo

es por el derecho moderno? — ¿Qué bienes son susceptibles de posesión? — ¿Quiénes pueden adquirir posesión? — Efectos jurídicos de la posesión. — Distintos efectos jurídicos según se trate de la posesión propiamente dicha, del derecho de posesión y del derecho de poseer. — Diferencia entre posesión y mera tenencia. — Presunción legal relativamente al que empieza á ocupar una cosa como poseedor ó como mero tenedor. — Vicios de la posesión. — ¿Cuándo se considera violenta una posesión? — Cuándo clandestina. — Tratándose de bienes raíces, ¿puede ser clandestina la posesión? — Pérdida de la posesión. — En qué caso puede tener lugar.

CAPÍTULO II

DE LAS ACCIONES POSESORIAS

Cuál era su importancia en derecho romano. — Objeto que les asigna el derecho moderno. — Enumeración de dichas acciones. — ¿Quiénes pueden ejercerlas, en qué casos y contra quiénes? — Término de su duración. — Pruebas que deben producirse. — Acción del mero tenedor ó del que aun cuando posea con ánimo de dueño, no ha adquirido el derecho de posesión, y de ésta es violentamente despojado. — Denuncia de obra nueva. — En qué consiste y en qué casos procede.

TÍTULO VI

DE LA REIVINDICACIÓN

CAPÍTULO I

De la naturaleza, condiciones y efectos de la reivindicación. — Definición de la reivindicación. — Naturaleza de esta acción.

— Quiénes pueden intentarla y contra quiénes. — Explicación del principio según el cual sólo el propietario puede reivindicar. — Cómo debe entendérsele. — Su aplicación tratándose del usufructuario, usuario y poseedor de tierras fiscales, según nuestro derecho actual. — Examen del principio según el cual la acción reivindicatoria debe dirigirse siempre contra el poseedor. — Según ese principio, ¿podría darse el caso de que el que tuviese posesión civil de la cosa, pudiera reivindicarla? — Obligación del mero tenedor de la cosa ante la demanda reivindicatoria. — Pena á que está sujeto en el caso en que asuma el rol de demandado. — Del principio según el cual el reivindicante debe presentar la prueba de su propiedad. — Examen de este principio. — Qué cosas podrían ser objeto de reivindicación. — Los derechos no encarnados en un bien determinado y las cosas muebles, ¿pueden reivindicarse? — De la situación de la cosa que se reivindica, ante la demanda reivindicatoria. — Cómo impide la ley el fraude que pudiera cometer el poseedor vendiendo la cosa demandada. — Diferencia si la cosa es mueble ó inmueble. — ¿Cuándo se considera que la cosa es litigiosa? — Derecho del actor para impedir que la cosa se deteriore en poder del demandado.

CAPÍTULO II

DE LA RESTITUCIÓN DE LA COSA REIVINDICADA

¿En qué condiciones debe verificarse la restitución? — De la restitución de frutos. — Cuándo son éstos debidos. — Distinción según se trate de poseedor de buena ó mala fe. — Qué se entiende por poseedor de buena fe. — Qué por poseedor de mala fe. — Fundamento del precepto legal según el cual el poseedor de buena fe no debe restituir frutos. — Qué frutos debe restituir el poseedor de mala fe. — Examen de la disposición por la cual el poseedor de mala fe debe restituir, no solamente los frutos percibidos, sino los que hubiera percibido un buen padre de familia. — Por qué el poseedor de buena fe es equi-

parado al de mala fe desde la contestación á la demanda. — Examen de ese precepto legal. — ¿Es preceptiva la ley que condena al pago de frutos, y en consecuencia, puede el juez hacer de oficio esa condenación? — De los derechos y obligaciones del demandado vencido en juicio, con relación á las mejoras introducidas en la cosa que debe restituir. — Enumeración de las mejoras. — Necesarias, útiles y voluptuarias. — Qué mejoras debe abonar el reivindicante. — Qué derecho tiene el poseedor mientras esas mejoras no le son abonables. — Criterio para determinar los casos de mejoras necesarias, útiles ó voluptuarias. — Por qué las mejoras que se han producido independientemente de la voluntad ú obra del poseedor, pertenecen siempre al que ha obtenido la restitución de la cosa.

Apuntes de Derecho Administrativo

PARA EL

Aula de Economía Política y Legislación de Obras Públicas

POR EL DOCTOR LUIS VARELA

(Continuación)

SECCIÓN IV

Reglas para la ejecución de los trabajos

SUMARIO: — Examen detallado de las obligaciones impuestas á los concesionarios para la ejecución de los trabajos. — Presentación de proyectos; condiciones en que debe hacerse. — Trámites para la aprobación de aquéllos. — Efectos de ésta. — Expropiación de terrenos para el establecimiento del camino y sus dependencias. — Diferentes casos que pueden presentarse. — Enajenación de los terrenos sobrantes; principios que la rigen. — Libertad de medios para la ejecución de los trabajos establecida en el artículo 30 del decreto reglamentario. — Sus limitaciones. — Condiciones técnicas de las obras. — Cruzamiento de los caminos, cursos de agua y otras obras terrestres, por la vía férrea y viceversa; disposiciones que deben observarse. — Deberes impuestos á las empresas, á la terminación parcial ó total de los trabajos. — Recepción de las obras. — Cerramiento de la línea. — Cuestión sobre medianería de los alambrados. — Resolución de 4 de Marzo de 1896 sobre porteras. — Amojonamiento y plano general de la línea y sus dependencias. — Dominio de todas esas obras. — Trabajos de conservación; sus requisitos. — Artículo 27 del Reglamento de 26 de Enero de 1892; su deficiencia. — Principios de la legislación francesa. — Control técnico de los ferrocarriles. — Disposiciones vigentes. — Sus deficiencias. — Posibilidad de llenarlas sin mayor erogación para el Estado.

Considerando en general las obligaciones de las Empresas concesionarias, hemos dicho que ellas se resumen en las de construir y conservar la línea con arreglo á las condiciones establecidas en el contrato, y que son en general las indicadas en la ley del 84, en su decreto reglamentario, y en algunas ampliaciones ó modificaciones posteriores.

Vamos ahora á indicar más detalladamente dichas obligaciones, en cuya tarea nos limitaremos por lo general á enunciarlas, pues siendo casi todas de carácter técnico, su apreciación está fuera del alcance de nuestros estudios.

En primer término se recordará que, conforme al artículo 9.º del decreto reglamentario, el concesionario no puede empezar ningún trabajo para el establecimiento del ferrocarril ó sus dependencias, sin la autorización expresa del Gobierno, expedida después del examen y aprobación de los proyectos respectivos. No hay término establecido para la presentación de éstos; pero, habiéndolo para el comienzo de los trabajos, es evidente que el primero debe determinarse con arreglo á este último.

Por eso, lo más acertado sería establecer expresamente un plazo para dicha presentación, y otro para el comienzo de las obras, el cual debe empezar á correr desde que se comunica al concesionario la aprobación de los proyectos mencionados. Si dentro del plazo fijado, y cualquiera que sea la forma en que esa fijación se hubiese hecho, el concesionario no hubiese dado comienzo á los trabajos, la concesión caducará como lo dispone el artículo 26 de la ley; bien entendido que, para que esa sanción pueda ser aplicada, es necesario que la falta sea imputable al concesionario, y no proceda de hechos imputables solamente á la Administración, la cual debería también tener un término para pronunciarse sobre los proyectos presentados, á fin de evitar demoras excesivas y perjudiciales para los intereses de la empresa.

Los proyectos para la construcción de la línea deberán presentarse en las condiciones indicadas por el artículo 11 del decreto reglamentario, debiendo tenerse presente, para el acotamiento de los planos, la resolución de 16 de Junio de 1887 sobre puntos de referencia para las nivelaciones. Igualmente deberán presentarse en la forma establecida por el artículo 14 del mismo decreto, los proyectos relativos al establecimiento de las estaciones, debiendo fijarse el número de éstas, así como su extensión y situación, y la de las paradas y desvíos, de acuerdo con el Gobierno.

Otras dependencias importantes de la línea, son las obras para las tomas de agua destinadas al servicio de las estaciones ó aprovisionamiento de las locomotoras. Esas obras pueden requerir también la autorización previa del Gobierno, conforme á lo dispuesto por el Código Rural, especialmente en las secciones décimotercia, vigésima y vigésima segunda del título tercero, de cuyas disposiciones nos ocuparemos al tratar de la legislación de aguas.

En los proyectos relativos al trazado y construcción de la línea, convendrá además tener presentes las disposiciones sobre empalme, servidumbre de cruzamiento y de comunidad de estaciones y de vías, establecidas por los artículo 5.º y siguientes de la ley del 84, reiteradas

por el artículo 3.º de la ley del 88, — de cuyas disposiciones nos ocuparemos en la sección siguiente.

Según nuestra legislación especial ferroviaria, los proyectos deben ser aprobados por el Ministerio de Fomento, previo informe del Departamento de Ingenieros. Pero ha de tenerse presente lo dispuesto por el inciso 2.º del artículo 447 del Código Civil, el cual establece que la designación de los bienes á expropiarse, debe ser hecha en virtud de los informes que el Poder Ejecutivo considere oportunos, *y con audiencia* de las Juntas E. Administrativas, cuando se trate de la apertura de calles ó caminos públicos y del establecimiento de *vías férreas*. Como la aprobación de los proyectos indicando la traza de la línea, importa implícitamente la designación de los bienes que han de ser expropiados, resulta que no puede hacerse sin oir previamente á las Juntas de los Departamentos que la vía haya de atravesar.

Ya sabemos que según el artículo 9.º del decreto reglamentario, una vez aprobados los proyectos, no pueden ser modificados, ya sea antes como durante la ejecución de los trabajos, sino á propuesta del concesionario, quien deberá someter la modificación proyectada á la aprobación del Poder Ejecutivo; y en cuanto al número y situación de las estaciones y paradas, tampoco puede fijarse sino de acuerdo entre aquellas mismas partes; de manera que ni el Gobierno podría, por sí solo, imponer el establecimiento de una nueva estación, como tampoco podría la empresa exigir ó resolver por sí sola, la supresión de una estación ó parada existente.

Aprobada la traza, los terrenos particulares que sean necesarios para el establecimiento de la vía, se expropian siguiendo el procedimiento que ya indicamos en la sección anterior. Completando la observación que allí hicimos sobre la intervención del Fiscal de Hacienda en los juicios de indemnización, agregaremos que el caso en que esa intervención se justificaría, sería si el terreno que se tratase de expropiar perteneciese al Fisco y hubiese de ser adquirido por una empresa de concesión perpetua, y que tuviese por lo tanto la propiedad de las obras. Si el terreno fiscal se destinase á una línea de dominio público, sostienen algunos que la empresa debería también abonar una suma en compensación por el tiempo que aprovechase aquel inmueble en beneficio de la línea concedida; pero nos parece que no hay mérito para tal obligación, desde que la empresa no aprovecha la línea en virtud de una concesión graciosa, sino como pago de la obra pública construída; y lo que es más, no hay cambio de dominio en el inmueble ocupado, sino cambio de destino, pues, como ya sabemos, el dominio particular y el dominio público del Estado no constituyen dos dominios distintos, sino uno mismo con afectaciones diferentes.

Si el terreno que se hubiese de ocupar, fuese del dominio público del Estado, y la línea perteneciese también á este último, la afectación de

aquél al servicio de la vía férrea no puede ofrecer dificultad alguna. Si el cambio fuese del dominio departamental al nacional, ó de cualquiera de éstos al dominio privado de la empresa, en el caso de que ésta fuese propietaria de la línea, la jurisprudencia francesa ha resuelto que entonces no hay lugar á indemnización, porque el terreno incorporado á la vía férrea continúa prestando á la vez el servicio á que estaba anteriormente destinado. De todos modos, es ésta una consideración de que no podría prescindirse.

Si alguno de los terrenos expropiados no se destinase al establecimiento de la vía ó sus dependencias, ó dejase en cualquier momento de tener ese destino, dispone el artículo 27 del decreto reglamentario que podrá ser vendido por las empresas, debiendo ser anunciada la venta durante treinta días, y ser preferidos como compradores, los antiguos dueños ó sus sucesores, siempre que se presentasen durante aquel término á ejercer su derecho de preferencia.

No es el decreto reglamentario el que debía haber legislado sobre ese punto, sino la ley, desde que sólo por medio de una disposición legal podría establecerse un procedimiento distinto del indicado para tales casos por la ley general de expropiación, incorporada al Código Civil reformado; ley cuyos preceptos son tanto más aplicables á los efectos de la expropiación en materia ferroviaria, cuanto que la de ferrocarriles dispone, también en su artículo 35, que las empresas tendrán el derecho de expropiar, *con arreglo á la ley de expropiación vigente.*

Por eso creemos que en los casos antedichos, de terrenos inaplicados al servicio de la línea, deberá estarse á lo que disponen los artículos 465 y siguientes del Código Civil, y no á lo que establece el 27 del decreto del 84, aunque no dejamos de reconocer que esta última disposición es más acertada en el caso especial que citamos, y que por lo mismo en la práctica podrá aplicarse siempre que haya acuerdo de las partes.

Establece el artículo 30 del decreto reglamentario, que las empresas ejecutarán las obras con los medios y los empleados de su elección; pero, como se comprende, esa libertad de medios es sin perjuicio de las obligaciones impuestas en las diferentes cláusulas del contrato. Las cláusulas relativas á la construcción, establecidas con carácter general por la ley del 84 y su decreto reglamentario, podemos reducirlas á tres grupos: las que se refieren á las condiciones técnicas de las obras; las que se refieren al cruzamiento de vías ordinarias, cursos de agua ú otras obras terrestres, por las vías férreas y viceversa; y las relativas á los deberes impuestos á las empresas á la terminación parcial ó total de los trabajos.

Entre las primeras están: las relativas á la condición del material, al ancho de la vía, al máximum de los declives, al radio mínimum de las curvas, á la entrevía de los desvíos, al ancho de los acotamien-

tos, á las zanjas de desagüe, al alineamiento entre dos curvas contrarias ó entre dos pendientes contiguas, y á las condiciones y colocación de los rieles (arts. 2 y 3 de la ley, y 12, 13, 22 y 23 del decreto reglamentario); disposiciones todas de carácter técnico, cuya apreciación no nos incumbe.

Se hallan entre las segundas, las que establecen las medidas que deben adoptar las empresas ferrocarrileras, cuando sus líneas hayan de atravesar una vía ordinaria, por encima, por debajo ó á nivel, ó cuando la diferencia de éste, entre la vía férrea y el camino atravesado, no sea bastante para establecer un pasaje por encima ó por debajo de los rieles (artículos 15 á 18 del decreto reglamentario y 3.º del decreto de 9 de Julio de 1891); ó cuando hayan de atravesar un curso de agua (artículos 19 y 21 del decreto reglamentario).

Estas disposiciones se refieren al caso en que la vía férrea atraviese un camino, otra línea férrea, una corriente, etc., etc. Si ocurriera el caso inverso; si fuera la vía la preexistente y viniera á ser atravesada por una nueva ó por un curso de agua, entonces regirían los artículos 6.º de la ley del 84 y 60 del decreto del mismo año, los cuales establecen que en caso de que el Gobierno ordene ó autorice la construcción de calzadas, caminos, ferrocarriles ó canales que atraviesen la línea férrea, objeto de una concesión, el concesionario no podrá oponerse á estos trabajos, pero la Dirección de Obras Públicas prescribirá las disposiciones necesarias, para que no resulte ningún obstáculo en la construcción ó en el servicio del ferrocarril, ni gasto alguno para la empresa.

Deben comprenderse también en el mismo grupo, las disposiciones relativas á los casos en que el establecimiento del ferrocarril exigiera la construcción de un túnel, ó atravesase una concesión minera.

A esos casos se refieren los artículos 20 y 29 del decreto reglamentario; debiendo recordar aquí, con respecto al segundo de los casos indicados, el artículo 17 del Código de Minería, el cual establece que los trabajos de consolidación que hayan de hacerse en el interior de la mina, á consecuencia del pasaje del ferrocarril, y todos los daños que resulten de ese pasaje para el concesionario de la mina, quedarán á cargo de la empresa de la línea férrea.

Y por último, figuran en la tercera categoría, los artículos 30 á 32 del decreto reglamentario, y el decreto de 9 de Julio de 1891, relativos á la construcción de alambrados, al establecimiento de barreras en los pasajes de nivel, á la recepción de las obras y al amojonamiento de la línea.

Según el artículo 30, la vía debía estar completamente cerrada por medio de alambrados construídos á sus dos costados; pero esa disposición ha sido modificada por el decreto del 91, el cual, alegando que la experiencia ha demostrado que el cerramiento en toda la longitud de la línea es innecesario, y aún peligroso en ciertos casos,

especialmente en aquellos países cuyos territorios se hallan en análogas condiciones al nuestro, en cuanto á su género de explotación y escasa población, revocó el citado artículo 30, en la parte á que nos referimos, estableciendo que las empresas sólo tendrán obligación de alambrar la línea en la proximidad de los centros de población, á lo largo de los grandes desmontes, en un todo de acuerdo con el Departamento de Ingenieros, y cuando la vía cruce terrenos particulares cuyos propietarios exijan la construcción del alambrado. En los dos primeros casos, el cerramiento es de cargo exclusivo de las empresas, y en el segundo debe ser construído á expensas comunes, con los mencionados propietarios, de acuerdo con los principios de medianería establecidos en los artículos 704 á 710 del Código Rural.

Se ve, pues, que nuestra legislación ha adoptado diferentes sistemas con respecto á la construcción del alambrado á los costados de las líneas: primero, el de la medianería, establecido por el artículo 30 del decreto del 84, el cual disponía que, cuando el ferrocarril atravesase terrenos de particulares, las empresas se entenderían con éstos á los efectos del cerramiento; y luego el del decreto del 91, que impone la medianería cuando el alambrado es construído por exigencia de los propietarios linderos, pero no cuando las empresas están en la obligación absoluta de construirlos, en cuyo caso deben hacerlo enteramente á su costa.

¿Cuál de esos sistemas es el más racional? ¿El alambrado de las líneas debe ser siempre medianero, como lo disponía el decreto del 84, ó debe ser construído á expensas únicamente de las empresas, como lo establecen otras legislaciones, ó deben adoptarse á la vez, los dos sistemas, como lo hace el decreto del 91?

Para resolver esta cuestión en el terreno de la doctrina, hay que examinar, ante todo, cuál es el verdadero carácter y el fin del alambrado de que se trata.

Desde luego éste no es un *cerramiento común,* ni es un deslinde entre la vía férrea y las propiedades linderas; y tan no lo es, que puede no coincidir con la línea divisoria de esos inmuebles; y tan puede no coincidir, que, como después veremos, las empresas tienen la obligación de amojonar la vía y sus dependencias, para deslindarlas de las referidas propiedades.

En todas las legislaciones que, como la nuestra, han adoptado á la vez los dos principios, el de la clausura y el del amojonamiento de la vía, el primero no tiene más objeto que garantir la conservación y la libre circulación de la línea, impidiendo que sea invadida por animales, ú ocupada por otra clase de pasajes que pueden constituir un peligro para el funcionamiento de los trenes, ó que con su continuidad puedan causar la destrucción de las obras. En estas condiciones, el alambrado no es una medida de interés común, sino en beneficio ex-

clusivo de las líneas, y en tal concepto, nada tiene que ver con la medianería, debiendo, por lo tanto, ser construído exclusivamente á expensas de las empresas, y en las condiciones que la Administración juzgue convenientes para la seguridad de las líneas, como lo disponen también las legislaciones extranjeras á que hemos hecho referencia, y lo reconocen unánimemente los autores que han tratado esta cuestión.

En ese concepto, han podido decir con toda razón Christophle y Auger, que el cerramiento, una vez construído, hace parte de la vía misma, y entra, por lo tanto, en el dominio público; de donde resulta que está fuera del alcance de los principios de la medianería. En igual sentido se pronuncia Feraud-Giraud, diciendo que el cerramiento forma parte de la misma propiedad que el camino de hierro á que pertenece, y por consecuencia, debe ser establecido sobre el suelo dependiente de la vía; pudiendo el lindero oponerse á que se establezca total ó parcialmente en su terreno. «La clausura, agrega, hace parte del camino de hierro, y forma, por consecuencia, una dependencia del dominio público; pertenece, pues, á una propiedad *sui generis*, que tiene sus reglas especiales, y á la cual la mayor parte de las reglas de Derecho Civil le son inaplicables, y las disposiciones del Código Napoleón sobre la medianería no podrían ser invocadas por los ribereños.»

Siendo, pues, el cerramiento una dependencia de la línea, pertenece al dominio público de que ésta forma parte, y en tal concepto, no puede ser objeto de comunidad entre ese dominio y el particular de los linderos del camino.

Esta doctrina ha prevalecido de tal manera, que hasta autores como Laurent, que reconocen que pueden pesar ciertas servidumbres sobre los bienes de dominio público, no admiten que entre éstos y los de dominio privado pueda existir medianería alguna. ¿Y esto, por qué? Porque la medianería — dice — de cualquier manera que se establezca, es una *copropiedad*, y siendo así, la cuestión no es saber si los bienes de dominio público pueden ser gravados con servidumbres, sino que ella debe ser planteada en estos términos: ¿puede una pared ser la copropiedad del dominio público y del dominio privado? Así formulada —agrega—la cuestión no es dudosa. No se concibe que un inmueble sea á un tiempo una dependencia del dominio público y una propiedad particular, lo que sería necesario admitir si la pared fuese medianera, porque la medianería es una copropiedad que recae indivisamente sobre todas las partes de la cosa común. En el caso de que se trata — continúa — esto es jurídicamente imposible, porque el dominio privado y el dominio público son dos derechos de naturaleza diferente: el uno está en el comercio y el otro no lo está; y no es posible que una sola y misma cosa esté á un tiempo en el comercio y fuera de él, sea á un tiempo alienable é inalienable, prescriptible é imprescriptible; luego, no se concibe la medianería entre el dominio público y el privado.

Se contestará entonces que, por lo menos cuando las líneas sean de propiedad privada, nada se opondrá al establecimiento de la medianería. Pero, ni aún así, por impedirlo la circunstancia de pertenecer el alambrado á una propiedad destinada al servicio público, y sujeta como tal á las disposiciones que reglamentan ese servicio. Como otras veces lo hemos dicho, aun cuando las líneas sean propiedad de las empresas, son en todo caso una propiedad *sui generis*, sometida á principios especiales y distintos del derecho común. Por esto mismo, si les fuesen aplicables las disposiciones sobre alambrados contenidas en el Código Rural, resultaría que las empresas no podrían construirlo sin solicitar el permiso previo de la Municipalidad respectiva, expresando la localidad, la extensión, el material que han de emplear, debiendo las Juntas indicar, en cada caso, las condiciones en que el cerco deberá construirse. Aplicar á las empresas ferrocarrileras todos esos requisitos que los artículos 692 y 693 establecen para las propiedades comunes, es un absurdo imposible, porque las empresas ferrocarrileras, en todo lo que se refiere al establecimiento de las líneas y sus dependencias, no están sujetas á otras autoridades que á la del Ministro de Fomento y del Departamento N. de Ingenieros.

Por estas razones, sea ó no la línea de dominio público ó de propiedad de los concesionarios, no es posible obligar á éstos á la medianería del alambrado del lindero, ni viceversa; y lo único que aquéllos podrían hacer, sería adquirir ó constituir amigable y privadamente aquella copropiedad cuando les pareciera conveniente; pero sin que esto pudiera perjudicar ni modificar en lo más mínimo las obligaciones relativas al cerramiento, impuestas por los contratos ó reglamentos del servicio.

Sin embargo, el decreto de 9 de Julio de 1891, que es la disposición actualmente en vigencia sobre el punto que tratamos, no ha seguido la doctrina que acabamos de sentar, sino con respecto á los alambrados que se construyan á lo largo de los grandes desmontes y en la proximidad de los centros de población; unos y otros, dice el artículo 2.°, serán *de cuenta* de las empresas. En esos dos casos, pues, no hay medianería posible, puesto que está mandado que el alambrado sea construído por las empresas, y que como tal sea una dependencia de la línea, regida, en consecuencia, por la legislación ferroviaria y no por las disposiciones del Código Rural sobre cercos *entre chacras ó estancias.*

Dada la especialidad de esas disposiciones, es evidente que no se puede aplicarlas á las vías férreas, sino cuando la legislación propia de éstas lo establece expresamente, como sucede, por ejemplo, con el artículo 1.° del mismo decreto del 91, el cual dispone que cuando los dueños de los campos atravesados por la vía férrea exijan la construcción del alambrado, éste será construído con arreglo á las dispo-

siciones sobre medianería establecidas en los artículos 704 á 710 del Código Rural.

El cerramiento no debe impedir que se establezcan, al través de la vía, pasajes destinados á la comunicación entre las dos fracciones de campo separadas por aquélla. Es ése un medio de disminuir los perjuicios causados por esa división, y de aminorar también, por consiguiente, el importe de la indemnización debida por el terreno adquirido para el establecimiento de la línea. Así lo ha reconocido nuestro derecho positivo en la resolución dictada por el M. de Fomento con fecha Marzo de 1896, en la cual dispone, además, que el cuidado de las porteras que se establezcan debe estar á cargo de los propietarios interesados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 697 del Código Rural.

La otra de las disposiciones contenidas en el grupo que estamos considerando, dijimos que es relativa á la recepción de las obras.

Dispone, en efecto, el artículo 31 del decreto del 84, que á medida que se vayan concluyendo las diferentes secciones de una línea, serán inspeccionadas por el Departamento N. de Ingenieros, y en vista de cuyo informe el Gobierno autorizará ó no la apertura al servicio público de la sección de que se trate. Pero, agrega el mismo artículo, que las recepciones parciales no tendrán carácter de definitivas sino después de la recepción general de todo el trayecto concedido.

Observaremos aquí que, á nuestro juicio, no hay motivo para establecer esas dos recepciones con el distinto carácter que les atribuye la ley. Se explica que tratándose de las obras construídas por el sistema de empresa, haya una recepción provisional, cuyo efecto, según lo vimos en nuestro volumen anterior, es hacer correr el plazo de garantía. Pero, tratándose de obras construídas por el contrato de concesión y que deben ser conservadas mientras dure esta última, no hay objeto en establecer dos recepciones, que, por más que se les quiera dar un carácter distinto, en la práctica no pueden tener sino efectos iguales, puesto que ni una ni otra exoneran á la empresa concesionaria de la buena conservación de las obras.

Y finalmente, se refiere la otra de las disposiciones citadas, al deslinde y levantamiento de los planos generales de la línea. Concluídos los trabajos — dice el artículo 32 — y dentro de un plazo determinado por el Departamento de Ingenieros, el concesionario hará practicar á su costa el amojonamiento y el plano catastral de la línea y sus dependencias; y de acuerdo con la misma oficina levantará un estado descriptivo de todas las obras de arte ejecutadas; cuyo estado será acompañado de un atlas con los planos acotados de las obras. Una copia debidamente certificada del plano catastral, del estado descriptivo y de los planos, deberá hacerse á expensas del concesionario para ser destinada al Archivo del Departamento, y los terrenos que sean adquiri-

dos posteriormente al amojonamiento general, serán igualmente amojonados y agregados al plano catastral, así como también se agregarán al atlas de obras de arte los planos de las que se ejecuten después de formado aquél.

Detengámonos un momento sobre este deber impuesto á las empresas, y cuya apreciación y alcance pueden ofrecer alguna dificultad.

Ya sabemos que el mismo decreto del 84 había impuesto á las empresas la obligación de alambrar los costados de la línea; y ya sabemos también á qué términos ha quedado reducida esa obligación por el decreto del 91. Pues bien: aparte de esa obligación, y aun cuando la línea deba estar completamente cerrada, se impone á las empresas la obligación de amojonarla. Se funda esa obligación en que el alambrado destinado á proteger exclusivamente la vía férrea, no siempre sigue los límites del terreno y demás dependencias de la misma vía, ya por la irregularidad de esos límites, sea porque ha sido necesario dejar fuera ciertos terrenos destinados al acceso del público, ó porque cediendo á las exigencias de los propietarios en los casos de expropiación parcial, se ha expropiado más terreno del necesario para el establecimiento de la línea, ya porque para facilitar los trabajos de terraplenamiento ó desmonte, se habrán adquirido terrenos que habrán sido excavados ó terraplenados. De aquí, pues, la necesidad de que, como dice Aucoc, el asiento del camino de hierro queda clara y ciertamente fijado; siendo ése el objeto del amojonamiento.

Establece el mismo artículo 32, que el amojonamiento debe ser hecho por cuenta exclusiva de los concesionarios y en el plazo que fije el Departamento de Ingenieros, y el cual no necesitamos decir que debe ser lo más breve posible, á fin de evitar la invasión de los dominios de la vía por los propietarios linderos. Resulta, pues, de tal disposición, que no rigen en este caso las disposiciones del Código Civil, según las cuales el amojonamiento debe hacerse á expensas comunes entre los linderos, y siempre que cualquiera de ellos lo exija. Fundan los autores esa excepción, en que se trata aquí de una medida establecida en interés de la conservación del dominio público á que la vía pertenece; dominio que, además, se rige por leyes especiales, no siéndole aplicables, en consecuencia, las disposiciones que el Código Civil establece para las relaciones de carácter puramente privado.

El caso es, pues, análogo al del cerramiento que tratamos anteriormente. Pero, como quiera que sea, no sería posible prescindir de la citación de los linderos, interesados en garantir la integridad de sus dominios, cualquiera que sea el carácter y destino de las propiedades vecinas.

Deben ser amojonadas — dice también el mismo artículo 32 — la vía y sus dependencias. En los caminos de hierro, en efecto, hay que distinguir varias partes. En primer término, la vía misma con los terraplenes y

obras de arte necesarias para su establecimiento; pertenecen también á ella las obras necesarias para establecer el pasaje por encima, por debajo ó á nivel de un camino ordinario, y las vías de acceso especialmente destinadas á poner en comunicación las estaciones con los caminos públicos más próximos. Figuran también entre las dependencias de la línea, las estaciones, con sus depósitos para mercaderías, locomotoras y wagones, las obras para el aprovisionamiento de agua, los talleres para refacciones del material de explotación, pero no las que las empresas destinasen á la construcción del material, desde que éstas no estén obligadas á fabricarlo.

En cuanto á las construcciones afectadas á la Administración y al alojamiento de los empleados de las empresas, hay que distinguir, según se trate de empleados que por sus funciones deban estar constantemente en el recinto del camino, y las que no se hallan en ese caso. Las construcciones destinadas á los primeros forman parte de la vía, pero no así las segundas; y en igual condición se hallan las destinadas á la Administración y otras oficinas de las empresas, según se establezcan dentro ó fuera de las estaciones y se destinen al servicio del público ó al exclusivo de las empresas ó compañías concesionarias.

En una palabra, forman parte de la vía y sus dependencias, y deben, por lo tanto, comprenderse dentro del amojonamiento, todos los terrenos y obras que son ó pueden ser necesarias para el establecimiento de la línea y el funcionamiento de la misma.

Pregunta Aucoc si todas esas dependencias forman igualmente parte del dominio público á que la línea pertenece. Para él la cuestión debe ser resuelta negativamente, porque muchas de esas dependencias, aunque estén destinadas á un servicio público, no son para uso directo del público; condición ésta indispensable para que un inmueble forme parte del mencionado dominio. Pero, como observa Picard, aun cuando esto es verdad en general, es forzoso reconocer que en el presente caso, si bien ciertas construcciones no están destinadas al uso de todos, se hallan, sin embargo, tan íntimamente ligadas á las que son de uso público, que es difícil no hacerlas seguir la misma suerte, no considerarlas como sometidas al mismo régimen, salvo casos muy excepcionales; de donde debe concluirse que todas las dependencias comprendidas dentro del amojonamiento general de la línea forman parte del dominio á que ésta pertenece.

Tales son las limitaciones impuestas á la libertad de acción que el artículo 30 del decreto reglamentario deja á las empresas para la ejecución de los trabajos. Con respecto á la libertad que ese mismo artículo acuerda á los concesionarios para la elección de los empleados, tiene también su limitación en el artículo 33 de la ley del 84, que al exonerar á dichos empleados del servicio militar, dispone á la vez que deberán ser nacionales la mitad por lo menos de los mismos.

Terminados los trabajos de establecimiento de la línea y sus dependencias, las empresas concesionarias están obligadas á conservarlas en perfecto estado, siendo de su cuenta todos los gastos que para ese efecto sean necesarios, según lo dispone el artículo 33 del decreto reglamentario; artículo cuyo alcance ya examinamos en la sección anterior.

Esa disposición se limita, sin embargo, á establecer que las obras serán conservadas de manera que la circulación sea siempre fácil y segura; pero nada dispone con respecto á las formalidades necesarias para llevar á cabo los trabajos de conservación. ¿Las empresas podrán hacerlos por sí solas, prescindiendo de la intervención de las autoridades, del Estado? ¿Deberán hacerlas saber previamente á éstas, ó recabar la autorización de los proyectos?

El artículo 27 del Reglamento de 26 de Enero de 1892, contesta en parte á estas preguntas, al disponer que las empresas pondrán anticipadamente en conocimiento de la Oficina de Control, todas las obras que hayan de ser ejecutadas, ya sea por concepto de reparaciones, ó por construcciones que demande la conservación de la línea en buen estado de servicio, tales como obras de arte en general, levantamiento de terraplenes, balastaje de la vía, etc., etc., para cuyo efecto presentarán á los ingenieros de control los planos de dichas obras y sus presupuestos con todos sus detalles.

Es de notarse, no obstante, que esas disposiciones tienen en cuenta principalmente el interés del control económico que el Estado debe ejercer sobre las empresas. Sólo así ellas han podido limitarse á establecer que las obras serán aprobadas en todos los casos por el ingeniero del control, bajo pena de que se las considere como *mejoras*, ó de conveniencia particular de las empresas, y de que, por consiguiente, no entren en los gastos de explotación.

Pero, además del control económico, existe también la intervención que el Estado debe tener en la construcción y conservación de las obras como garantía de la seguridad y de las demás condiciones que el interés público reclame, en el establecimiento del servicio confiado á las empresas concesionarias; y siendo así, no ha podido el citado artículo 27 limitarse á exigirles únicamente la aprobación del ingeniero del control, porque aún tratándose de las obras mencionadas, puede ser necesaria en muchos casos la intervención de las autoridades administrativas superiores.

Teniendo en cuenta esto mismo, unas circulares del Ministro de Trabajos Públicos de Francia (18 de Enero de 1854 y 11 de Mayo de 1855), establecen que: los trabajos de *simple conservación* pueden ser ejecutados por las compañías, sin cumplimiento de ninguna formalidad previa, á menos que hayan de producir modificaciones en el servicio de la explotación, y particularmente en la marcha de los trenes, en cuyo

caso debe darse aviso previo á la Administración Central y al ingeniero jefe del control, para que las medidas proyectadas puedan con tiempo ser examinadas, completadas ó modificadas, si fuese necesario; que para los trabajos de *reparaciones mayores* ó de *reconstrucción* que no deben producir ningún cambio en las obras primitivas ó que no tienen una importancia excepcional, basta que las compañías avisen al ingeniero jefe del control, con ocho días de anticipación por lo menos, para que dicho funcionario pueda organizar el servicio de vigilancia de los trabajos, — pudiendo abreviarse aquel plazo en los casos de urgencia; — y que para las obras nuevas ó que hayan de modificar las existentes, es necesaria la aprobación previa de los proyectos.

Nos parece que estas indicaciones encierran un temperamento muy acertado. No todos los trabajos de conservación requieren la formación y presentación de los planos ó proyectos respectivos, como lo dice el artículo 27 del Reglamento del 92, ni tampoco puede permitirse que las empresas hagan por sí solas cualquier clase de trabajo requerido por la conservación de la línea, sujetándose á la sanción que el mismo artículo indica, es decir, que no se tomen en cuenta los gastos hechos en esa forma, ni es tampoco el ingeniero encargado del control, el llamado por sí solo á autorizar los trabajos en todos los casos, como lo dispone el mismo artículo.

Sea de ello lo que fuere, mientras eso no se modifique, las empresas estarán sujetas, en cuanto á los trabajos de conservación, á lo que dispone el artículo 27 del Reglamento del 92, y para las obras nuevas ó las que hayan de modificar las condiciones de las existentes, deberán recabar previamente la autorización del Ministro del ramo, con intervención del Departamento de Ingenieros, de acuerdo con el artículo 9.° del decreto del 94, el cual establece que todas las obras á ejecutarse deberán ser sometidas á esas formalidades previas.

Para garantir el cumplimiento de las diferentes obligaciones á que, como hemos visto, están sujetas las empresas, en cuanto á la construcción y conservación de las obras, es necesario que éstas sean constantemente inspeccionadas, tanto durante su ejecución, como durante su explotación. Esa inspección constituye uno de los varios objetos del control que el Estado debe ejercer sobre el servicio de los ferrocarriles concedidos, y que debe recaer, no sólo sobre los trabajos de establecimiento y de reparación de la vía y sus dependencias, sino también sobre el material de transporte y las condiciones técnicas y económicas de la explotación.

Ese control, á pesar de toda su importancia, no se ha ejercido hasta ahora sino de una manera muy incompleta, debido sin duda á la falta de una organización apropiada. La ley del 84 lo había puesto á cargo del Ministerio del ramo y de la Dirección General de Obras Públicas, que si alguna vez lo ejerció, lo hizo muy malamente, por diferentes

causas, entre las cuales figuraba la falta de personal á que acabamos de referirnos.

Más tarde, el decreto de 6 de Noviembre de 1891 creó, como sabemos, la Oficina de Control de Ferrocarriles, cuyas atribuciones fueron determinadas por el Reglamento de 26 de Enero de 1892, el cual la dividió en dos secciones: la Inspección Técnica y la Económica, estando la primera á cargo de dos ingenieros, uno para las líneas cuya administración tengan su asiento al Norte, y otro para las que la tengan al Sur; y la segunda, á cargo del jefe de la Sección de Ferrocarriles de la Contaduría General. Vino después la ley de 3 de Septiembre del mismo año 92, que cometió al Departamento de Ingenieros todas las funciones confiadas á la Inspección Técnica anteriormente creada, ocasionando así una confusión que resolvió más tarde el Ministerio de Fomento, dictando la disposición de 24 de Abril del 94, la cual estableció que el control de los ferrocarriles garantidos sería ejercido por el contador interventor adscripto á la Contaduría General, como inspector económico, y por los dos ingenieros inspectores de ferrocarriles de la sección respectiva del Departamento, y de acuerdo con el decreto del 91 y el reglamento de 26 de Enero del 92.

Quiere decir, pues, que en la actualidad el control de los ferrocarriles está ejercido por el Ministerio de Fomento y por el Departamento de Ingenieros, el cual tiene constituído el servicio especial de inspección técnica en la forma que indica la resolución citada del 94. Ese servicio, como se comprende, es de una importancia capital, pues es el que tiene á su cargo la vigilancia inmediata y directa de las obras y de la explotación de las líneas, — vigilancia de la cual dependen en gran parte las disposiciones que el Gobierno adopte para la reglamentación y mejoramiento del servicio ferroviario. Es necesario, pues, organizarlo con elementos suficientes, cosa que hasta ahora no se ha hecho; pues si la forma unipersonal que se le ha dado, alcanza su grado máximo de simplicidad, produce también su grado mínimo de eficacia, imposibilitando por completo todo control medianamente ejercido en las múltiples ramificaciones que comprende.

Esa deficiencia podría llenarse fácilmente sin mayor gravamen para el Fisco, tanto más si se adoptase el temperamento que examinamos en la página 336 al tratar del control económico.

Ese temperamento, que tiene por base el poner á cargo de las empresas los gastos del servicio de inspección, y que poco gravosa puede ser para las empresas favorecidas con la garantía de un interés fijo, pudo ser perfectamente adoptado, aun cuando nada se hubiese previsto en el contrato; pues, como lo observan Christophle y Auger, el derecho que la Administración tiene de ordenar de oficio y á expensas de las empresas los trabajos de conservación necesarios, supone el control incesante de la primera, obliga á las compañías á soportar las ins-

pecciones necesarias, y por una consecuencia virtual, á soportar los gastos que esas inspecciones demanden. El Consejo de Estado — agregan — lo ha resuelto así, en presencia de una cláusula que se limitaba á imponer al concesionario la obligación de conservar las obras en buen estado, y que autorizaba á la Administración para hacer una inspección anual. Y con más motivo la solución debe ser la misma cuando el derecho de vigilancia es ilimitado, y cuando la Administración se reserva el derecho de proveer por sí misma á la conservación en caso de negligencia comprobada del concesionario.

SECCIÓN V

Servidumbres ferroviarias

SUMARIO: — Diferentes clases de servidumbres ferroviarias. — Servidumbres que gravan unas líneas en beneficio de otras. — Servidumbre de cruzamiento; sus efectos. — Servidumbre de empalme y de comunidad de vía; su objeto. — Servicio acumulativo. — Su importancia. — Formas en que puede ser establecido. — Cuál ha sido la adoptada por nuestra legislación. — Cuál es la más conveniente. — Indemnizaciones á que da lugar según se utilice el material fijo de la línea sirviente ó el material rodante de la línea dominante; principios de nuestra legislación. — Servidumbre de comunidad de estaciones; artículo 7.° de la ley del 84. — Indemnizaciones á que da derecho. — Caso en que las empresas no se pongan de acuerdo para el establecimiento de las servidumbres; artículo 10 de la ley citada. — Inoportunidad de la decisión arbitral para el establecimiento del servicio acumulativo. — Procedimiento que debería adoptarse. — Servidumbres establecidas en favor de otras vías de comunicación y de ciertos establecimientos industriales. — Servidumbres impuestas sobre las propiedades linderas de los caminos de hierro. — Servidumbres comunes á esta clase de obras y á los caminos ordinarios. — Ídem especiales á las vías férreas. — Construcciones, depósitos y plantaciones inmediatas á la vía. — Conservación de la zona interdicta para las plantaciones; productos espontáneos del suelo. — Resolución de 3 de Marzo de 1885. — Procedimiento especial para medir la zona interdicta; artículo 299 del Código Rural, y antecedentes de la ley francesa de 15 de Julio de 1845. — Sanción de las prohibiciones mencionadas. — Trabajos para alumbramiento de aguas y labores mineras en las inmediaciones de la vía. — Artículos 367 del Código Rural, 17 del Código de Minería y 24 del decreto del 84. — Carácter relativo de esas prohibiciones. — Intervención de las Juntas, Comisiones Auxiliares y de los Jueces L. Departamentales. — Su inoportunidad. — Deficiencia de las disposiciones referentes. — Carácter gratuito de las servidumbres establecidas sobre las propiedades linderas de la vía. — Excepciones; artículo 301 del Código Rural. — Preexistencia de las obras para el alumbramiento de aguas ó para la explotación de minas y canteras. — Doctrina de la jurisprudencia francesa sobre estos dos últimos casos. — Posibilidad de disminuir la extensión de la zona interdicta según las circunstancias; principios de otras legislaciones.

El derecho ferroviario establece diferentes servidumbres en favor de los caminos de hierro. Esas servidumbres pueden ser de dos clases: las que gravan unas líneas en beneficio de otras ó de las demás vías de

comunicación, y las impuestas sobre los predios contiguos á la vía. Las primeras están indicadas en los artículos 5 á 10 de la ley del 84 y 3 de la ley del 88, y las segundas en el artículo 24 del decreto reglamentario de la primera de dichas leyes, en la sección tercera del título segundo del Código Rural, y en algunas otras disposiciones del mismo Código y del de Minería, que tendremos ocasión de citar.

Las servidumbres impuestas sobre las líneas son, en primer término, la de cruzamiento, la de empalme y la de comunidad de estaciones, todas las cuales se establecen en beneficio de otras vías de igual clase, ó más bien dicho, para facilitar el servicio general de los ferrocarriles.

Las empresas no podrán oponerse — dice el artículo 5.º de la ley del 84 — á que otro ferrocarril empalme en el suyo, pase por arriba ó por abajo ó á nivel, con tal que los trabajos que se hiciesen al efecto, no interrumpan el servicio regular de los trenes de la línea primitiva; en caso de empalme ó cruzamiento á nivel, la empresa primitiva hará las obras necesarias, vigilará por su conservación y colocará en el punto de intersección los guardas y accesorios indispensables para la seguridad de ambas líneas, todo á expensas de la nueva empresa. Y el artículo 7.º dispone á su vez que, toda empresa está obligada á compartir el uso de cualquiera de sus estaciones con las otras compañías cuyas líneas se uniesen á la suya, debiendo fijar de común acuerdo el precio y demás condiciones de esta comunidad.

El primero de esos artículos establece, pues, dos servidumbres: la de empalme y la de cruzamiento. Esta última no tiene más efecto que la adopción de las medidas de seguridad que fuesen del caso, y que se establecerán, como hemos visto, por cuenta de la nueva empresa, que es la que viene á hacerlas necesarias.

Pero la servidumbre de empalme tiene un objeto y también consecuencias especiales que conviene hacer notar. Desde luego, ella puede suponer la de comunidad de vía, y así la establece el artículo 8.º de la ley, en los siguientes términos: cuando se unan en un punto dos ó más ferrocarriles construídos por diferentes empresas, éstas podrán traficar libremente, transitando sus wagones y coches por la vía que pertenezca á la otra, pagando con arreglo á las condiciones que establezcan por convenio mutuo.

Esta servidumbre, así como la de comunidad de estaciones que la complementa, sirve de base á la organización de los *servicios acumulativos*, mediante los cuales cada empresa se encarga, no sólo de los transportes por su línea, sino también por las que con ella empalman ó sucesivamente la continúan.

El servicio acumulativo tiene gran importancia en materia de transportes ferroviarios, pues con él se evitan todas las molestias, los recargos de gastos y los riesgos consiguientes á los trasbordos que son necesarios cuando el trayecto á recorrer está servido por distintas lí-

neas, completamente independientes entre sí. Por eso dice Gasca en su *Codice Ferroviario:* «es indispensable para la facilidad, la celeridad y la actividad del servicio, que las compañías ferroviarias, no sólo se encarguen del transporte sobre la propia línea, sino también sobre las líneas de otras empresas que á ella se unan, y sin que sea necesaria la intervención del remitente ó de su mandatario; en otros términos, es menester que la expedición que sale de su punto de partida sea transportada sin interrupción al punto de destino.» Tal es el objeto de la combinación á que nos referimos, y merced á la cual las diferentes líneas de un país y aún las de los diferentes Estados forman como una sola enorme vía que pasa de una empresa á otra ó de un Estado á otro sin interrupción alguna; combinación aquélla que tiene, por consiguiente, una utilidad inmensa, en vista de la cual las legislaciones han llegado á establecerla, no con carácter meramente facultativo para las empresas, como lo ha hecho la nuestra, sino con fuerza obligatoria; á cuyo efecto disponen que, si aquéllas no hacen uso de las servidumbres establecidas en la ley, deberán ponerse de acuerdo á fin de que los transportes *no queden jamás interrumpidos en los puntos de intersección de sus respectivas líneas.*

La organización del servicio acumulativo entre las líneas de los diferentes Estados, ha sido materia de estudio en los Congresos ferroviarios celebrados en Berna y en París en 1878 y 1889 respectivamente; y si bien no se ha llegado todavía á uniformar por medio de convenciones internacionales la organización ferroviaria de los diferentes Estados, mucho se ha hecho por convenios particulares, especialmente para el transporte de las mercaderías; y en cuanto á la unión de las líneas dentro de cada país, se ha llegado ya á tal punto, que hay algunos, como la Inglaterra, que tienen instituciones especiales, como *The Railway Clearing House*, ó Sala de Liquidaciones Ferroviarias, que liquida anualmente las cuentas de 76 compañías de transportes combinados.

En América, el proyecto de unir los Estados del continente por medio de una gran línea internacional, fué objeto de una de las decisiones más importantes del Congreso Pan-Americano que se reunió en Wáshington en 1889; proyecto que ha dado motivo á un interesante estudio técnico de los ferrocarriles Sudamericanos, presentado á la Exposición de Chicago por nuestro ilustrado compatriota el actual Ministro de Fomento, Ingeniero don Juan José Castro.

El servicio acumulativo puede hacerse de dos modos fundamentales: transitando los trenes de cada empresa por su propia línea y por las de las otras compañías, como si todas no perteneciesen sino á una sola, ó haciendo cada empresa el transporte por sus líneas respectivas, pero en los mismos wagones de la línea de partida, á fin de evitar así los trasbordos. En el primer caso, pues, la empresa dominante uti-

liza la vía de la sirviente; en el segundo, la sirviente hace uso del material rodante de la empresa dominante. En los países en donde la acumulación es obligatoria, si las empresas no pueden ponerse de acuerdo sobre ninguno de esos dos sistemas, deben adoptar el que consideren más conveniente, pero siempre sobre la base de que el transporte ha de hacerse sin interrupción ninguna para el viajero, y muy especialmente para los cargadores; y si aún así el acuerdo no fuese posible, el Ministro del ramo fija las medidas necesarias para el efecto indicado.

Nuestra legislación ha adoptado el primero de los temperamentos que acabamos de mencionar, pero sin carácter obligatorio; de manera que su aplicación depende de la voluntad de las empresas que quieran hacer uso de la servidumbre de comunidad de vía. A pesar de eso, el servicio acumulativo se halla establecido entre algunas líneas como la del Central y la del Midland, pero no sobre la base de la comunidad de línea que establece nuestra ley, sino con arreglo al segundo sistema, es decir, que cada empresa hace el transporte por su línea, aunque sin trasbordo en la estación de empalme.

Este sistema es el más generalmente seguido, porque, como observa Picard, la coexistencia sobre una misma vía de servicios pertenecientes á diferentes empresas, ofrece sus inconvenientes y también sus peligros, y es tanto menos aplicable, cuanto que los trenes que circulan sobre la línea de otra empresa, no pueden hacer el servicio local entre las diferentes estaciones de esta última.

Cualquiera que sea el sistema que se adopte y las estipulaciones de los convenios hechos por las diferentes empresas para la organización del servicio acumulativo, cada una de aquéllas contrata los transportes por todo el trayecto que los pasajeros ó la carga deben recorrer, y como si la conducción se hiciese por una sola empresa; debiendo, no obstante, la que contrató la conducción, pagar á las otras de cuyo material fijo se sirviese, ó cuyo material rodante fuese utilizado, las prestaciones correspondientes.

Ese aprovechamiento, en efecto, no puede ser gratuito. Nuestra ley del 84 establece en su artículo 8.º, que la empresa que utilizare la línea de otra, pagará por ese uso la suma que ambas hayan establecido por convenio mutuo. Otras legislaciones son, á este respecto, más precisas. Así, por ejemplo, la francesa establece en el artículo 61 del pliego de condiciones generales, que si una empresa hiciese circular sus wagones por la línea de otra, le abonará una cantidad determinada según el *peaje* de las tarifas vigentes para la segunda; quedando excluído, por consiguiente, el precio del transporte, desde que éste se hace con material de la otra compañía. Es decir, que se calcula el peaje correspondiente á los pasajeros y cargas transportados.

Como nuestra legislación no ha previsto el caso de que el servicio

acumulativo se haga en la otra forma, es decir, empleando el material rodante de la empresa dominante, no ha dicho tampoco cómo ha de determinarse el pago que ésta debe abonar. Pero, se comprende que en dicho caso hay un verdadero arriendo del material ajeno; por eso dice el mismo artículo 61 antes citado, que se pagará una suma en relación con el uso y el deterioro de dicho material; sin perjuicio, se comprende› de que cada empresa perciba el importe de los transportes hechos por sus respectivas líneas.

El servicio acumulativo requiere también el establecimiento de otra servidumbre, que es la de *comunidad de estaciones.* Cuando aquél se organiza en la segunda de las dos formas á que acabamos de referirnos, basta con que se establezca la comunidad de la estación de *tránsito,* es decir, la situada en el punto de unión de las dos líneas. Cuando se adopta la otra forma, como los trenes de una empresa circulan por la línea correspondiente á la otra, aprovechan también de las estaciones de esta última. Por eso dice el artículo 7.º de nuestra ley del 84, que toda empresa está obligada á compartir el uso de cualquiera de sus estaciones con las otras compañías cuyas líneas se uniesen á la suya, debiendo fijar, de común acuerdo, el precio y las demás condiciones de la comunidad.

Si ese acuerdo no fuese posible, ó si no lo fuese en ese como en los casos de las otras dos servidumbres, para resolver las diferentes cuestiones á que cualquiera de las tres puede dar lugar, se procederá por medio de árbitros que nombrarán las mismas partes ante el Juez competente, quien designará un tercero para el caso de discordia, y cuyo fallo será inapelable (artículo 10).

Este temperamento no nos parece que sea el más aceptable. Que el servicio acumulativo sea absolutamente obligatorio, ó que, como entre nosotros sucede, dependa de la voluntad de la empresa dominante, las cuestiones á que aquél puede dar origen se relacionan con el desempeño de un servicio público, cuya dirección corresponde á la Administración superior, ó sea al Ministerio del ramo. Por eso nos parece mucho más correcto y más lógico cometer á esa autoridad la decisión de las mencionadas cuestiones, en vez de someterlas á la jurisdicción de jueces ordinarios y de árbitros particulares, que si bien podrían regular las indemnizaciones, no son los que deben fijar las condiciones de establecimiento del servicio. Por esto y por la uniformidad del procedimiento, nos parece más aceptable el temperamento adoptado por otras legislaciones, que autorizan al Ministro de Obras Públicas para resolver las dificultades que se presenten, y adoptar, en caso de desacuerdo entre las partes, todas las medidas que considere necesarias para el establecimiento del servicio.

Además de las servidumbres que, según acabamos de ver, establece la ley del 84 sobre los caminos de hierro, en beneficio de los trans-

portes que por ellos se hacen, instituye también otras en favor de otras vías de comunicación. Las empresas no podrán oponerse — dice el artículo 6.º de la misma ley — á que sus vías sean cruzadas por caminos carreteros ordinarios, cuando se ordene ó permita su establecimiento, ni á la construcción de canales ó cauces artificiales de agua que atraviesen la vía, siempre que las obras que se hicieren con ese motivo no perjudiquen su solidez ni interrumpan el servicio regular de las líneas. Esta limitación la establece igualmente el artículo 9.º para las servidumbres de comunidad de estaciones y de vía á que se refieren los artículos 7.º y 8.º, que anteriormente hemos visto.

Otras legislaciones imponen también á las empresas ferroviarias la obligación de establecer pequeños ramales para el servicio de ciertos establecimientos industriales, ó de empalmar sus líneas con las que éstos hayan construído para su explotación.

La comunicación entre esos establecimientos y la línea principal puede hacerse de dos modos: construyendo aquéllos sus líneas especiales, que constituyen entonces los *caminos de hierro industriales* propiamente dichos (de los que nos ocuparemos más adelante), y los cuales pueden conducir ya á una vía férrea ó á una vía navegable; ó por medio de ramales anexos á la línea principal, y que pueden ser construídos y servidos por la misma empresa de aquella línea, ó construídos á expensas del establecimiento interesado, y servidos más ó menos totalmente por la línea en que empalman, es decir, que ésta puede conducir sus wagones hasta la fábrica ó sólo hasta la entrada del ramal, debiendo los destinatarios ó expedidores conducirlos desde sus establecimientos hasta aquel punto, ó viceversa. Los convenios establecen, en estos casos, los plazos dentro de los cuales deben las compañías poner en el ramal los wagones solicitados, el tiempo que aquéllos pueden permanecer á disposición de los industriales, y las sumas que éstos deben pagar por el empleo ó alquiler de ese material.

Vamos ahora á ocuparnos de las servidumbres que gravan los predios particulares. Entre ellas hay algunas que son comunes á las vías férreas y á los caminos ordinarios, y otras que tan sólo son propias de las primeras. Así, por ejemplo, algunas legislaciones declaran aplicables á los caminos de hierro las servidumbres de vialidad ordinaria, tales como la ocupación temporal, la extracción de materiales, la alineación, el desagüe, la distancia para las plantaciones y la poda de los árboles plantados, y las relativas á la explotación de las minas y canteras en las inmediaciones del camino. Y entre las que son propias de las vías férreas, figuran las de emplazamiento de las construcciones linderas, las que limitan las excavaciones al pie de los terraplenes de la línea, las relativas á los depósitos que se hagan en las inmediaciones de aquélla, y á las condiciones de los techos que pueden usarse también en las proximidades del camino.

Las servidumbres de vialidad, que han sido extendidas por nuestra legislación ferroviaria á la construcción de los ferrocarriles, son las de ocupación de terrenos y de extracción de materiales, establecidas en el artículo 28 del decreto reglamentario, que otras veces hemos comentado.

Las especiales á los caminos de hierro se hallan establecidas también irregularmente en el artículo 24 del mencionado decreto, y por ley en la sección tercera del título segundo del Código Rural, en el artículo 317 del mismo, y en el 17 del de Minería.

Veamos, en primer lugar, la que se refiere al emplazamiento de las construcciones.

Cuando por los caminos ó calles, ó por el interior de las chacras y quintas, ó por los campos de pastoreo — dice el artículo 298 del Código Rural — cruzare un ferrocarril á vapor, no se podrán construir á menor distancia de 20 metros, edificios de paja ú otra materia combustible, *ni hacer casas.*

La prohibición relativa á este último punto, que es la que por el momento nos ocupa, la hallamos también establecida en el artículo 5.° de la ley francesa de 15 de Julio de 1845, el cual dispone que en lo sucesivo no se podrán hacer otras construcciones que simples muros dentro de los dos metros del camino de hierro. Feraud-Giraud nos da el motivo de esa prohibición, diciendo que por medio de ésta se ha tratado de evitar el peligro que ofrecerían las construcciones y las habitaciones demasiado próximas á la vía, y de las cuales pueden arrojarse ó caer de una manera imprevista sobre ésta, materiales ú objetos, que interrumpiendo la libre circulación, pueden ser causa de desastres.

Aparte de esta prohibición que, como se ve, es en beneficio de la línea, establece el mismo artículo 298, que dentro de la misma distancia de 20 metros, tampoco se podrán hacer edificios de paja ó de otra materia combustible, ni establecer depósitos de materias inflamables ó combustibles. Esta segunda prohibición, ya no se refiere á la seguridad del tránsito ferroviario, sino que tiene por objeto evitar los incendios que podrían producir las chispas lanzadas por las locomotoras.

Por esto mismo no puede ser aplicable esa limitación á los depósitos de materias que no son combustibles ó inflamables. Nuestra legislación no ha previsto ese caso; pero otras, teniendo en cuenta que la proximidad de tales depósitos á la vía constituiría un peligro para ésta, porque esas materias depositadas pueden extenderse y esparcirse sobre la línea, han establecido que no se podrán formar tales montones dentro de los cinco metros, sin autorización previa, á menos que la vía esté en un terraplén y el montón no llegue á la altura de éste, si se trata de depósitos de abono y otros objetos necesarios para el cultivo de las tierras.

El motivo, pues, de la limitación impuesta por la ley, es muy distinto según se trate de construcciones ó de depósitos en las inmediaciones de la vía; y esa diferencia justifica perfectamente la que se encuentra en otras leyes, en cuanto á la distancia que debe guardarse en cada uno de esos casos, y la que es mucho menor en el primero que en el segundo, en vez de ser igual, como lo dispone inútilmente la nuestra.

A evitar también los peligros del fuego, obedece la limitación establecida para las plantaciones por el mismo artículo 298 del Código Rural, al establecer que no se podrán hacer plantaciones de árboles á menos de doce metros de la vía, ni sembrar gramíneas, como trigo, maíz, cebada, etc., á menos de quince metros.

Pero el peligro de que se trata, lo mismo puede presentarse con la proximidad de los productos del cultivo, que con la de los productos espontáneos del suelo. Ocurre entonces la dificultad de saber cómo debe evitarse el inconveniente resultante de esta segunda causa. Nuestra ley tampoco ha previsto este punto de una manera expresa, pero por eso no será menos fácil resolverlo.

El artículo 302 del Código Rural establece que si el fuego de las locomotoras incendiase el pasto de la parte inculta de un terreno y se propagase el incendio á la parte poblada ó cultivada, la empresa indemnizará los perjuicios, y lo mismo hará con los que ocasione incendiando los campos de pastoreo. Si, pues, las empresas son las responsables del daño que ocasionan, sin duda alguna son ellas las que están obligadas á evitarlo, manteniendo limpia la zona que los propietarios deben conservar inculta. Así lo declaró también el Gobierno, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, por resolución de 3 de Marzo de 1885.

Las distancias indicadas en el artículo 298 del Código citado, deben medirse según el 299, en dirección horizontal, desde una línea que corra paralela al riel exterior y que diste de ésta dos metros por lo menos. ¿De dónde ha salido este modo tan especial de medir? ¿Por qué no se miden desde el riel, en vez de medirse desde una línea que diste dos metros de aquél? Nos parece que se puede encontrar una explicación de este punto en la historia de la sanción de la ley francesa de 1845. A fin de adoptar un mismo punto de partida, cualquiera que fuese el nivel de la vía con respecto al de los terrenos adyacentes, algunos miembros de la Cámara propusieron que aquel punto se tomase invariablemente en una línea tirada á 1 metro y 50 del riel exterior. Esta idea sólo triunfó en parte; y en el artículo 5.º de la ley se estableció que la distancia se mediría, ya desde la arista superior del desmonte, ó de la arista inferior del talud del terraplén, ó del borde exterior de la zanja del camino, adoptándose sólo para los demás casos el temperamento especial de que antes hemos hablado; y el cual, si bien pudo tener su explicación dado el objeto con que fué propuesto, no nos parece que la tenga, desde que se limite al

caso único en que los terrenos adyacentes se hallen al mismo nivel que la línea.

El artículo 298 á que nos hemos referido, ha tratado de garantir el cumplimiento de las prohibiciones que establece; pero sólo lo ha hecho con respecto á las que recaen sobre las plantaciones y los depósitos. El segundo apartado dispone, en efecto, que los que contraviniesen tales prohibiciones, no tendrán derecho á indemnización alguna en caso de incendio por las chispas de fuego ó partículas incandescentes que arrojen las locomotoras. La otra prohibición, ó sea la relativa á las construcciones, no tiene ninguna sanción expresamente establecida; de manera que sólo podrían ser aplicadas, si hubiesen causado daño suficiente para ello, lo que difícilmente sucederá, las sanciones establecidas en los artículos 414 y 263 del Código Penal, el primero de los cuales castiga con multa de ocho á cien pesos al que causare un daño cualquiera en las calles, parques, jardines ó paseos, ó en el alumbrado y demás objetos de pública utilidad, si el daño producido no cayese por su gravedad dentro de las disposiciones del Libro II del mismo Código, entre las que está el artículo 263, que castiga con prisión, de diez y ocho á veinte meses al que causare á la vía férrea un daño que hiciese surgir el peligro de un desastre, de cuatro á seis años de penitenciaría si el desastre sucediera, de seis á ocho años si el hecho ha puesto en peligro la vida ó la salud de las personas, y de diez y seis á diez y ocho años si resultase la muerte de alguna.

A las servidumbres ya citadas, debemos agregar las consignadas en el artículo 367 del mismo Código Rural, en el 17 del Código de Minería y en el inciso 1.° del artículo 24 del decreto reglamentario del 84. El primero establece que á menos de 40 metros de la vía férrea no se podrán abrir pozos artesianos, socavones ó galerías destinadas al alumbramiento de aguas, sin la previa autorización de la Municipalidad ó Comisión Auxiliar; el segundo impone la misma limitación para los cateos ú otras labores mineras, y el tercero prohibe hacer á menos de 20 metros de la vía, trabajos que perjudiquen á la solidez de ésta, como excavaciones, explotar canteras, minas, etc. Esa última disposición no está muy de acuerdo con la del Código de Minería antes citada, la que por su carácter legal deberá primar sobre aquélla; además, tampoco es regular en la forma, por cuanto, como toda servidumbre, debe ser establecida en la ley y no en un simple decreto gubernativo. Pero si por ese defecto fundamental podría ella carecer de fuerza obligatoria, la prohibición que contiene, como la de hacer cualquier trabajo que pueda dañar á la vía férrea, se halla establecida de un modo indirecto en los artículos ya citados del Código Penal.

El fundamento de estas otras servidumbres, como fácilmente se comprende, no es otro que el de garantir la solidez de la vía férrea, evitando los hundimientos que pudieran ocasionar las excavaciones y

demás obras mencionadas, si se hiciesen inmediatas á la vía. Justificadas en esta forma las limitaciones que acabamos de mencionar, cabría discutir si hay motivo suficiente para establecer en esos casos distancias variables de 20 á 40 metros. Sin duda alguna hay en esto una cuestión técnica á resolver; pero nos parece que esa variedad de disposiciones, como las otras que en seguida vamos á indicar, son también el resultado de la falta de plan que en ellas se observa, pues lejos de haber sido objeto de una reglamentación especialmente dictada para la conservación de las obras ferroviarias, se encuentran diseminadas en cuerpos de leyes dictadas para objetos muy distintos.

Resultado de ese mismo desorden es el establecer, como lo hace la disposición citada del Código Rural, que serán las Juntas ó las Comisiones Auxiliares las que otorgarán el permiso para ejecutar las obras á que dicho artículo se refiere; cuando es evidente que tratándose de trabajos relacionados con la conservación y seguridad de los caminos de hierro, tal permiso no debería ser dado sino por el Departamento de Ingenieros ó por el Ministro de Fomento, que son las autoridades que tienen á su cargo todo lo que al servicio ferroviario se refiere. Por esto mismo es evidente que, á pesar de la facultad conferida á las autoridades locales por el citado artículo 367, ellas deberán oir previamente al Control Técnico de los ferrocarriles, y que éste ó el Ministro de Fomento podrán revocar cualquier autorización dada por las Juntas ó las Comisiones Auxiliares, siempre que las obras perjudiquen á la solidez del camino. Y la misma observación cabe con respecto á la intervención que el artículo 17 del C. de Minería da al Juez L. Departamental, autorizándolo para permitir los trabajos dentro de la zona interdicta, sin más requisito que la audiencia de la Inspección Fiscal de Minas.

A diferencia de otras legislaciones, la nuestra tampoco establece un procedimiento especial para medir la zona de la servidumbre, así es que no habiendo disposición según la cual haya de medirse desde el riel exterior, debe tomarse como punto de partida el límite del terreno que sirve de asiento á los rieles, constituyendo con éstos el camino de que hablan las disposiciones citadas, y que éstas tratan de garantir.

El artículo 367 del Código Rural no establece ninguna sanción expresa para las infracciones que contra él puedan cometerse, así es que éstas sólo podrán ser castigadas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 263 y 414 del Código Penal antes citados. Estas mismas disposiciones son aplicables á las infracciones cometidas contra la prohibición establecida en el artículo 17 del Código de Minería, cuando hayan llegado á producir alguno de los daños á que dichos artículos se refieren; siendo entendido que, hayan ó no existido tales daños, el solo hecho de la contravención constituye una falta que cae bajo la sanción expresa que el mismo artículo 17 establece, y que consiste en

multa de cincuenta á quinientos pesos, ó en su defecto prisión de quince días á tres meses.

Todos los gravámenes sobre las propiedades particulares que ligeramente hemos enumerado, se aplican sin indemnización. Sin duda, como dice Aucoc, el establecimiento de ellos disminuye el valor de los inmuebles gravados, pero no quita en absoluto á sus dueños el derecho de disponer de ellos: no hace más que perturbar el goce, y es de principio que las servidumbres de utilidad pública, cuyo número es muy considerable, no dan lugar á indemnización.

Las legislaciones consignan, sin embargo, una excepción al principio de la gratuidad de las servidumbres ferroviarias, para el caso en que éstas se establezcan después de estar ocupada la zona interdicta; es decir, cuando el gravamen lesiona el derecho adquirido por el propietario á la ocupación de dicha zona. Esa excepción la encontramos también establecida en el artículo 301 de nuestro Código Rural, el cual dispone que si las construcciones, plantaciones, depósitos y sementeras existiesen desde antes de construirse el ferrocarril, la empresa propondrá al propietario su destrucción, indemnizándole su valor y perjuicios á tasación; quedando la empresa exenta de responsabilidad si el propietario no aceptase la propuesta; y si aquélla omitiese entenderse con el propietario, será responsable del perjuicio que le cause.

Nuestro legislador no ha previsto, sin embargo, que no todas las servidumbres á que alude tienen el mismo objeto. Unas, como las relativas á las plantaciones, depósitos y sementeras, son para la defensa de los predios linderos, y con respecto á ellas ha podido decir el Código, que, si el propietario no acepta la propuesta, la empresa quedará exenta de responsabilidad; pero no ha podido decir lo mismo con respecto á la servidumbre que grava las construcciones, y la cual es en defensa de la vía; en este caso, acepte ó no acepte el propietario, la empresa no tiene responsabilidad ninguna; siendo en todo caso el lindero el que deberá indemnizar á aquélla los perjuicios que le ocasione por la inobservancia de la servidumbre ó la conservación indebida de las construcciones que deben ser destruídas.

Tampoco ha previsto nuestra legislación la preexistencia de obras para el alumbramiento de aguas, y para la explotación de minas y canteras. Nos parece, sin embargo, que si esas obras preexistieran al establecimiento de la vía férrea, habría razones muy fundadas de analogía y de equidad para adoptar, en esos casos, un temperamento análogo al indicado en el artículo 301 del Código Rural, para los que en él se indican.

Con respecto á la servidumbre aplicada á las minas en explotación, la jurisprudencia francesa, que durante mucho tiempo había seguido el principio de que las minas están sujetas á todas las medidas de po-

licía y de seguridad general dictadas por la Administración, ha reaccionado por completo, llegando á establecer que el concesionario no puede ser privado de sus derechos sin una justa indemnización, y que, por lo tanto, si la prohibición de explotar una zona determinada se impone por un tiempo fijo, habrá en ese caso un *daño* que será necesario indemnizar, y que si la prohibición es permanente, ó por tiempo indefinido, no pudiendo constituir servidumbre, porque no hay *disminución* de goce, sino privación completa del único uso que de las minas puede hacerse, tal prohibición constituye una verdadera expropiación, que igualmente debe ser indemnizada.

En el terreno de los principios, puede discutirse si el carácter que esa jurisprudencia atribuye á la limitación de que tratamos, es exacto. Por nuestra parte, entendemos que la interdicción temporal siendo una medida directamente impuesta por la autoridad, y no un simple *hecho* ocasional, constituye un verdadero derecho de la Administración, y es, por lo tanto, una *servidumbre* y no solamente un *daño,* según la clásica distinción de Jousselin. Consecuentes con esto mismo y con el carácter que atribuimos á la expropiación, al ocuparnos de este punto en la parte anterior de estos *Apuntes,* también nos parece que, por más grave que sea la interdicción á que nos referimos, ella no puede constituir sino una servidumbre y nunca una expropiación, porque falta el hecho característico de ésta, que es la incorporación del inmueble gravado al dominio público. Laferrière, en su *Traité de la jurisdiction administrative,* hace esta misma observación á la jurisprudencia que antes hemos recordado; y si bien Christophle y Auger pretenden contestarla, diciendo que para que exista expropiación basta con que el propietario sea despojado de su propiedad, sin que sea necesario que al mismo tiempo la adquiera la Administración, dichos autores olvidan que en unas páginas antes, al ocuparse de los caracteres distintivos de las servidumbres y de la expropiación, refiriéndose al caso del puente de dos volados, que citamos en la página 127 de nuestro volumen anterior, criticaron el fallo de los tribunales franceses, que habían declarado que la destrucción del piso alto, decretada para facilitar el movimiento de dichos volados, constituía una expropiación parcial; expropiación que dichos autores niegan, porque el piso destruído no había sido adquirido por el Estado.

Pero, como antes hemos dicho, ésta es una discusión puramente de principios, sin mayor consecuencia práctica, mientras se reconozca el derecho á la indemnización, como efectivamente debe hacerse, desde que en este caso especialísimo, aun cuando no exista aprovechamiento directo de la propiedad (página 338 de nuestro volumen anterior), hay, sin embargo, *privación total* del goce de un derecho; y mientras la cuestión sobre si hay daño ó expropiación no esté ligada á otra de competencia, como sucede en otras legislaciones, en que los litigios por

daños corresponden á la jurisdicción especial contencioso-administrativa, y los de expropiación á la jurisdicción ordinaria.

La misma solución debe aplicarse con respecto á la interdicción impuesta á las canteras en explotación. En este caso, como en el anterior, cualquiera que sea la duración del gravamen, éste no podrá constituir nunca sino una servidumbre, y, como en el caso anterior, esa servidumbre anulará por completo el derecho del propietario sobre la zona gravada, á la cual difícilmente se le podrá dar otro destino. Si no puede dársele, el derecho á la indemnización es evidente; y si se pudiera, procedería también, por cuanto, aún así, la imposición del gravamen podría llevar aparejada una pérdida efectiva para el propietario que ha establecido su explotación en condiciones regulares.

Siendo, pues, gratuitas, por principio general, las servidumbres de que tratamos, no se debe imponerlas sino en cuanto sean necesarias para los fines que las justifican. De aquí que muchas legislaciones establezcan que el Gobierno podrá disminuir la extensión de la zona interdicta, cuando la seguridad pública y la conservación del camino lo permitan, teniendo la exoneración acordada en tales casos el carácter de mera tolerancia, revocable si resulta inconveniente.

Tampoco hay en nuestra legislación ningún procedimiento especial para la represión de las contravenciones á las servidumbres de que hemos hablado. Si la infracción se refiere á las prohibiciones establecidas en beneficio de los predios linderos, no puede haber dificultad alguna, porque el hecho no tiene más consecuencia que poner á cargo del propietario los riesgos de las infracciones cometidas. Pero si éstas se refieren á las prohibiciones establecidas en defensa de la vía, podrán ser perseguidas como infracciones de simple policía, ó como faltas ó delitos contra la ley penal, según lo explicaremos en una de las secciones siguientes, al tratar de la *policía de la conservación de las obras ferroviarias.*

SECCIÓN VI

Daños producidos por la construcción de los ferrocarriles

SUMARIO: — Daños causados por la construcción y por la explotación de los ferrocarriles. — Fundamentos de su distinción. — Cuáles deben comprenderse en una y otra categoría. — Doctrina de Laferrière. — Examen de los diferentes daños producidos por la construcción. — Daños causados á los caminos ordinarios. — Caso en que éstos sean nacionales ó locales. — Derecho de las localidades á ser indemnizadas. — Doctrina de la jurisprudencia francesa. — Justa observación de Perriquet. — Obligaciones impuestas generalmente á las empresas para reparar los daños causados á los caminos. — Caso en que resultasen insuficientes ó en que no se hubiesen establecido en el contrato. — Daños más frecuentes. — Ocupación del trozo de camino ocupado por la vía férrea. — Daños causados por los cambios de nivel; artículo 18 del decreto del 84. — Daños resultantes de la desviación del camino; observación de Picard. — Daños causados á los cursos de agua; artículos 18 y 19 del decreto citado. — Perjuicios causados á la navegación y á los predios ribereños. — Agravación de las crecientes. — Disminución del caudal de agua; perjuicios resultantes para la navegación y flotación y para los predios ribereños. — Principios de la legislación de aguas que deben tenerse presentes en ese último caso. — Perjuicios causados por los terraplenes y desmontes. — Daños producidos por las excavaciones; construcción de túneles. — Privación de aguas resultantes de esos trabajos. — Doctrina de la jurisprudencia francesa. — Por qué no se sigue. — Aplicabilidad de los principios del derecho común; caso de excepción. — Daños producidos á los trabajos mineros y á la explotación de canteras. — Daños causados á las personas. — Accidentes en los trabajos. — Emanaciones insalubres de las zanjas de préstamo. — A quién corresponde la responsabilidad por todos los daños que se han examinado. — Daños resultantes de las disposiciones de los proyectos. — Responsabilidad que en este caso puede corresponderle al Estado ó á las empresas concesionarias. — Ejemplo del artículo 101 de la ley española de 1877. — Artículo 5.° del decreto reglamentario de 1884. — Responsabilidad del Estado y de los concesionarios por los hechos de sus agentes, cuando ejecutan las obras por el sistema de administración ó por el de empresa.

Distinguen los autores los daños producidos por la construcción y los causados por la explotación de las obras ferroviarias. Esa distinción puede fundarse en una razón de método, ó en el distinto carácter que las leyes atribuyan á cada una de esas dos clases de daños. Así, por ejemplo, según la legislación francesa, los producidos por la construcción, son de la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, mientras que los causados por la explotación, son de la competencia de los tribunales ordinarios. Christophle y Auger explican esa diferencia, diciendo que las compañías concesionarias tienen un doble carácter; pues, como constructoras de las obras, son verdaderas empresas de trabajos públicos, y, como tales, deben gozar del beneficio de la jurisdicción administrativa; mientras que con respecto á la explotación de que dichas obras son susceptibles, las empresas no tie-

nen sino un carácter esencialmente privado, de manera que los daños que aquélla pueda ocasionar, deben estar sometidos á la jurisdicción ordinaria, como los causados por cualquiera otra empresa de transporte.

Nuestro Derecho positivo no consagra tal diversidad de jurisdicciones, por cuanto la contencioso-administrativa sólo se halla establecida para los casos especiales indicados en el artículo 28 de la ley del 84 y en la de 19 de Septiembre de 1885. Por otra parte, apreciado en principio el temperamento seguido por la legislación francesa, tampoco nos parece aceptable; pues, en primer lugar, no es absolutamente cierto que el servicio ferroviario tenga siempre carácter privado; y aun cuando así fuese, si los daños causados por la explotación deben ser de jurisdicción ordinaria, en igual caso deben estar los producidos por la construcción, en virtud de lo que dijimos en las páginas 423 y siguientes, y 494 y siguientes de nuestro volumen anterior.

Los daños que la jurisprudencia considera como producidos por las obras ferroviarias, son, no sólo los necesarios para el establecimiento de la vía y sus dependencias, sino también los trabajos complementarios requeridos por el desarrollo del tráfico, y los necesarios para la reparación y conservación de unos y otros, á condición, sin embargo, de que en todos esos casos hayan mediado las siguientes condiciones: que los trabajos hayan sido debidamente autorizados, que hayan sido ejecutados sobre terrenos expropiados, y que, por lo tanto, formen parte del dominio público; y que las obras deban pertenecer al Estado al vencimiento de la concesión.

Como se comprende, estas tres condiciones corresponden al régimen de las concesiones temporales, y aún en ese caso, podría observarse que el hecho de la expropiación no es esencial, bastando que ella hubiese sido posible por la utilidad pública de la obra; pues, por lo demás, tales terrenos podrían haber sido adquiridos amigablemente. Cuando las concesiones son perpetuas, la tercera condición no puede verificarse; pero es evidente que bastan las otras dos para caracterizar un trabajo público, y, por consiguiente, los daños que esos trabajos pueden producir.

Pero, algunos autores, como Laferrière, por ejemplo, quieren que se incluyan en la misma categoría, «no sólo los daños que resultan de la «obra misma bruta é inerte, sino también los que proceden de la obra «*en actividad*, funcionando conforme á su destino y á las condiciones «esenciales de su concesión,» — de acuerdo con cuyo criterio encuentra perfectamente razonable que la jurisprudencia francesa haya considerado como daño causado por la construcción del ferrocarril, el producido á la solidez de un edificio por la trepidación del tren, el causado á un comerciante de vinos, que por esa misma trepidación no podía conservarlos en sus sótanos, y otros casos análogos.

Laferrière pretende justificar esos fallos, diciendo que «la compañía no es libre de hacer ó no circular sus trenes; que ella está obligada,

bajo pena de secuestro ó de caducidad, á dar á la vía férrea la vida y el movimiento que ella comporta, y á hacerlo en las condiciones impuestas ó aprobadas por el Ministro de Trabajos Públicos.» Este razonamiento es perfectamente cierto; pero no prueba que los daños á que acabamos de referirnos, sean daños de construcción; lo único que él demuestra, es que la explotación no es un servicio completamente privado é independiente de la Administración, como el de cualquier otro medio de transporte, como erróneamente, á nuestro juicio, lo afirman Christophle y Auger; y que si la construcción de una vía férrea no puede llevarse á cabo sino con la autorización y bajo la vigilancia de las autoridades del Estado, lo mismo sucede con la explotación; y que, por lo tanto, no hay razón ninguna para someter á principios ó á jurisdicciones diferentes, los daños causados por el establecimiento y los producidos por el funcionamiento de la vía.

Establecida ya la diferencia que se ha hecho entre los daños causados por la construcción y los producidos por la explotación de los ferrocarriles, así como también el criterio para distinguir unos de otros, y la importancia que esa distinción puede tener, vamos á tratar aquí de los primeros, dejando para cuando nos ocupemos de la segunda, el estudio de los que por ella pueden ser causados.

Las vías férreas tienen forzosamente que cruzar diferentes caminos públicos, que deben, en consecuencia, ser más ó menos modificados, y cuyas modificaciones se limitarán unas veces á la simple ocupación de aquéllos, como sucede, por ejemplo, en los pasajes á nivel, y que otras pueden consistir en desviaciones de dichos caminos, ó en el establecimiento de nuevas rampas ó pendientes.

Cuando el hecho se produce en los caminos nacionales, no ofrece dificultad alguna, puesto que el Gobierno tiene la facultad de hacer en ellos todas las modificaciones que estime convenientes. Pero cuando el cruzamiento se establece en un camino departamental ó vecinal, ya no es lo mismo; pues entonces se puede preguntar si los departamentos ó localidades á que esos caminos pertenecen tienen derecho á ser indemnizados de los perjuicios que tales modificaciones les ocasionen.

Cuando impera un régimen centralista que confiere al Poder central el gobierno y administración de los intereses locales, la negativa no puede ser dudosa, ó más bien dicho, la cuestión no puede presentarse. Pero la jurisprudencia ha adoptado la misma solución para todos los daños que resultan de las medidas ó de las disposiciones debidamente ordenadas ó autorizadas por la Administración superior, aun cuando ésta no tenga á su cargo la gestión de las vías de comunicación locales. El fundamento alegado en apoyo de esa doctrina, consiste en que corresponde á dicha Administración ordenar las modificaciones en el emplazamiento ó en el perfil de las vías públicas, que sean necesarias para el establecimiento de los ferrocarriles nacionales.

No nos parece aceptable esa doctrina; pues, por más que el Gobierno tenga derecho á dictar todas las medidas requeridas por el establecimiento de una vía férrea de interés general, cuando esas medidas perjudican á un camino que pertenece al dominio público de las localidades, es evidente que éstas deben ser indemnizadas. Á este respecto tiene mucha razón Perriquet, cuando combate la jurisprudencia citada, diciendo: «Sin duda pertenece al Ministro reglamentar las condiciones de establecimiento de las vías férreas en su intersección con los caminos públicos. Pero, ¿este derecho importa el de poder apreciar también las consecuencias dañosas del establecimiento de aquellas vías? La apreciación de estas consecuencias tiene por objeto la reparación de ataques causados á un derecho, es decir, á un objeto distinto del primero, objeto esencialmente contencioso, y que entra, por su naturaleza, en la competencia de los consejos de prefectura. El poder conferido al Ministro recae únicamente sobre la cuestión de interés público, y es extraña á la cuestión de indemnización.»

La aplicación de estos principios á la responsabilidad de las compañías ante las autoridades locales, no es, sin embargo, frecuente; pues por regla general la Administración se preocupa, en los pliegos de condiciones, de imponer á las empresas la obligación de tomar todas las medidas necesarias para no interrumpir ni perjudicar los servicios de la vialidad ordinaria, ya nacional ó local; así es que cumpliendo esa cláusula, no habría motivo para reclamación alguna. Pero, sí lo habría si tal obligación no se hubiese cumplido ó se hubiese cumplido malamente, ó aun cuando habiéndolo sido con toda puntualidad, las medidas adoptadas hubiesen resultado insuficientes; y más todavía, lo habría también, aun cuando tal obligación no hubiese sido especialmente impuesta.

Es evidente que, habiéndose estipulado ésta, las empresas tendrían forzosamente que cumplirla, y que si las medidas adoptadas al efecto no bastaran, podrían ser compelidas á la adopción de otras más eficaces.

Pero si nada se hubiese estipulado en el contrato, ni se hubiese ordenado por disposiciones especiales, ¿podrían las empresas esquivar su responsabilidad ante terceros alegando esa misma circunstancia? En manera alguna. Las obligaciones impuestas á las compañías por la Administración, no perjudican ni disminuyen los derechos que los terceros puedan tener contra las primeras en virtud de los principios generales de responsabilidad, á menos que éstos estuviesen derogados ó modificados, no por meras disposiciones de carácter contractual, sino por preceptos igualmente obligatorios para todos, en cuyo caso no están sino los dictados por el legislador con carácter general.

Dentro de este orden de ideas, el caso de indemnización más evidente es el de la ocupación de la parte de camino incorporada al do-

minio de la vía férrea. Hay en la jurisprudencia extranjera diferentes ejemplos de comunas que han pedido ser indemnizadas por aquel hecho, alegando, además, que, como las empresas tenían hasta el derecho de cercar el camino ocupado, resultaba una traba para la circulación, la cual quedaba totalmente interrumpida en ciertos momentos, produciendo así un daño directo y material que debia ser indemnizado.

La pérdida de dominio alegada en esos casos por las partes reclamantes, es tan evidente, que se han presentado casos en los cuales, como consecuencia de la mencionada ocupación, se ha desconocido á las comunas el derecho de ocupar como dueñas, y para el establecimiento de ciertos servicios públicos locales, el subsuelo del camino incorporado á la vía férrea.

A este respecto merece citarse como uno de los casos más ilustrativos el que pasamos á exponer. La villa de Luneville trataba de construir en la calle Mesnil un conducto de agua. Como la calle mencionada era cruzada á nivel por la vía férrea de París á Ayricourt, fué necesario solicitar autorización especial para la instalación hidráulica debajo de la vía. Los ingenieros del control informaron que se podía conceder la autorización, pero con *carácter precario* y pagando la villa un franco anual como reconocimiento de esa *precaridad.* Como es de suponer, el *maire* de Luneville reclamó, diciendo que aunque la instalación estuviese sujeta al interés superior de la vía férrea, no se le podía imponer ningún pago, puesto que el terreno de la vía no habiendo sido expropiado, correspondía al dominio de la villa. El Ministro de Finanzas patrocinó esta reclamación, diciendo que efectivamente no habiendo habido expropiación, la villa, al consentir el establecimiento de la vía férrea en su terreno, había conservado la propiedad de éste y los usos á que tal propiedad le daba derecho, y que por lo tanto, al establecer el conducto de agua en el pasaje de nivel, usaba de su dominio propio, y no imponía servidumbre alguna sobre la vía férrea; y que, por otra parte, el Estado y la compañía, para limitar la instalación hidráulica en defensa de la línea, no necesitaban desconocer la propiedad de la villa: les bastaba con invocar el principio de que el dueño del predio sirviente no puede hacer en éste nada que perjudique el uso de la servidumbre establecida en beneficio del predio dominante; principio que era bastante para obligar á la villa á suprimir ó modificar cualquier obra que perjudicase á la vía férrea. La Administración de Puentes y Calzadas sostuvo, por el contrario, que la ocupación del suelo del pasaje á nivel por la vía férrea, había tenido por consecuencia hacerlo pasar *ipso facto* al dominio público nacional, y no había podido dar otro derecho á la villa que el de ser indemnizada por el pasaje de ese suelo al mencionado dominio.

El desacuerdo fué resuelto por las Secciones reunidas de Finanzas y de Trabajos Públicos del Consejo de Estado, el cual, por sentencia

de 22 de Junio de 1880, declaró que el suelo ocupado por la vía férrea correspondía al dominio público, hubiese mediado ó no expropiación en forma; y que el derecho del Estado, adquirido por una afectación gratuita y sin reservas del suelo á la gran vialidad, no podía ser debilitado, ya porque la villa no había reclamado indemnización alguna por la ocupación irregular del suelo, ya porque el suelo ocupado por la vía férrea no había dejado de servir á la circulación de la calle, conservando por eso, y con respecto á la villa, su destino primitivo; y que esos hechos no podrían tener otra consecuencia que hacer entrar en el dominio público comunal la parte del suelo ocupada por la línea, si llegase á dejar de tener ese destino, etc., etc.

Todas estas opiniones, aparte de su discrepancia fundada en el hecho de no haber la villa de Luneville pedido en oportunidad la indemnización correspondiente á la ocupación del camino por la vía férrea, están de acuerdo en cuanto á la incorporación del primero al dominio de la segunda, lo que basta para justificar en principio el derecho á la indemnización, sin perjuicio de que en la fijación de ésta se tenga en cuenta la circunstancia de que el suelo ocupado por la vía no deja de servir, aunque con ciertas limitaciones, á la circulación del camino.

Con respecto á los daños resultantes de los cambios de nivel, nuestro derecho ferroviario ha seguido también en parte la doctrina que anteriormente hemos sentado, estableciendo en el artículo 18 del decreto del 84, que cuando para atravesar un camino haya de modificarse el nivel de éste, el concesionario, á más de ejecutar á su costa las obras de tierra y de arte necesarias, tendrá que empedrar toda la parte modificada del camino y mantenerla en buen estado hasta el fin de los tres primeros años de la explotación de la vía; debiendo la inclinación de las pendientes que se adopten, ser aprobada por el Departamento de Ingenieros.

En cuanto al caso de desviación del camino, no ha sido previsto por nuestra legislación; pero es evidente que serían de cargo de las empresas las obras necesarias para que la circulación continuase en las mismas condiciones de comodidad y seguridad del camino anterior. Quedaría después la conservación de esas obras, las cuales, como la extensión desviada sería mayor que la anterior, demandaría también mayores gastos. Este hecho ha dado también lugar á reclamaciones que han sido desechadas en virtud del argumento que hemos visto indicado anteriormente, basado en la autoridad de la Administración superior para ordenar todas las medidas necesarias para el establecimiento de las vías férreas. Á este argumento agrega Picard, que, en la mayor parte de los casos, los caminos de hierro proporcionan á las regiones atravesadas, ventajas directas ó indirectas que compensan largamente las cargas suplementarias impuestas á las administraciones

locales, — circunstancia ésta que es lo único que puede justificar la solución indicada.

Como antes hemos dicho, éstos son los daños que más comunmente puede ocasionar á las vías ordinarias el cruzamiento por las vías férreas; daños que, por regla general, los mismos contratos imponen á las compañías la obligación de reparar. Pero los principios que hemos establecido se aplican igualmente á cualesquiera otros que puedan resultar de los mismos cambios en el emplazamiento ó en la nivelación de los caminos, y que produzcan la destrucción de éstos, ó hagan más onerosa su reparación, ocasionando así un daño material y directo á los intereses públicos locales.

Las obras que se ejecuten en los cursos de agua para el establecimiento de las vías férreas, pueden también ocasionar ciertos perjuicios á la navegación y flotación, como asimismo á las propiedades ribereñas.

En cuanto á las primeras, se recordará que el artículo 21 del decreto reglamentario del 84, establece que, cuando el ferrocarril cruce una vía flotable ó navegable, el concesionario deberá tomar á su costa todas las medidas del caso, para asegurar el servicio de la navegación durante el curso de los trabajos; y que el 19 establece las condiciones de los puentes y alcantarillas que se construyan sobre los ríos, arroyos y cualquier corriente de agua.

Es indudable, por lo tanto, que las empresas son responsables de todo perjuicio ocasionado á la navegación y flotación por falta del exacto cumplimiento de aquellas obligaciones; como lo serían también si durante la ejecución de los trabajos hubiesen omitido las medidas necesarias para evitar todo accidente á aquellos mismos servicios. Así, por ejemplo, la empresa del P. L. M., fué condenada por los tribunales franceses á indemnizar los perjuicios ocasionados por la destrucción de un barco contra la pila no valizada de un puente en construcción.

Pero, ¿la solución sería la misma si las empresas se hubiesen ajustado en un todo á las disposiciones de la Administración? ¿serían ellas responsables de los perjuicios ocasionados á los particulares que aprovechasen de la navegación ó flotación de la corriente interrumpida?

La cuestión ha sido resuelta negativamente, aplicándose á esos casos, es decir, á los *caminos que andan,* como alguien ha llamado á las vías navegables, el principio de la vialidad ordinaria, según el cual no se considera como un ataque al derecho de los usuarios del camino, la interrupción ó la supresión de la circulación sobre las vías de hierro, por la ejecución de una obra pública.

Las obras que interrumpen ó dificultan las corrientes pueden perjudicar además á los predios ribereños, causando su inundación ó aumentando las que periódicamente puedan producirse. Estos hechos obligan siempre la responsabilidad de las empresas, ya sea que ellas se hayan producido por omisión de los deberes impuestos por la Admi-

nistración (artículo 19), ó que aquéllas hayan procedido de acuerdo con las disposiciones de ésta, pues que, como ya hemos dicho, ni la imprevisión ni los errores en que ésta puede incurrir al indicar las medidas necesarias para la defensa de los predios amenazados, pueden quitar á los dueños de estos predios el derecho á ser indemnizados de los daños causados á sus propiedades.

¿Pero la responsabilidad sería la misma si se tratase de una creciente natural cuyos efectos hubiesen sido agravados por las obras construídas? «El Estado ó la empresa concesionaria, contestan Christophle y Auger, no pueden descargarse de toda responsabilidad, alegando que la causa determinante é inmediata del daño ha sido una fuerza mayor.» Pero nos parece que esta solución sólo puede aplicarse al caso en que se trate de una fuerza mayor cuya existencia fuese conocida ó hubiese podido preverse, pues en los casos contrarios, no habría habido causa imputable á la empresa. El ejemplo que ponen los autores citados, demuestra también que tal es el sentido que debe darse á su doctrina. «Sucede, en efecto, frecuentemente, dicen, que ciertos ríos inundan las propiedades ribereñas todos los años y en la misma época, ó que aún accidentalmente ellos salen de su lecho; en estos casos la fuerza mayor puede disminuir en algo la responsabilidad del Estado ó de la empresa concesionaria, pero no hacerla desaparecer. Así, por ejemplo, se ha resuelto que si la construcción de las obras ferroviarias ha tenido por efecto levantar el plano de inundación de un río, los ribereños deben ser indemnizados, porque sin tales obras, sus perjuicios habrían sido menos considerables.» Nos parece, sin embargo, que en este caso, lo mismo que en cualquier otro, en que haya actuado una fuerza mayor *conocida*, y cuyos efectos, por lo tanto, *han debido preverse*, la responsabilidad de las empresas sería completa, como no existiría en absoluto si la fuerza mayor tuviese los caracteres contrarios.

Acabamos de suponer que las obras construídas sobre el curso de agua causasen inundaciones á los predios inmediatos. Pero puede suceder lo inverso, es decir, que la interrupción de la corriente disminuya el caudal de ésta, perjudicando así, ya sea á la navegación ó flotación, ó á los dueños de los predios linderos que utilizan el agua para el servicio doméstico, agrícola ó fabril.

En cuanto á los dos primeros casos, ya hemos visto que los obstáculos á la navegación ó flotación no dan ningún derecho á los usuarios de la vía, en los mismos casos y condiciones que no lo dan á los usuarios de los caminos ordinarios. No sucede así en el tercero. Para saber si los perjudicados por disminución del agua de que usaban para sus predios particulares, tienen derecho á ser indemnizados por esa privación, se debe tener presente lo dispuesto por el Código Rural, en las secciones primera, vigésima y vigésima quinta del título tercero. Según los principios allí establecidos, es necesario distinguir si se trata

de aguas públicas ó de aguas privadas. En el primer caso, el que se sienta perjudicado tendrá derecho á ser indemnizado, si ha obtenido en forma la correspondiente *concesión* de aprovechamiento; concesión que si bien no hace responsable al Estado por la disminución que por casos fortuitos pudiesen experimentar las aguas en lo sucesivo (artículo 534), dan, sin embargo, un derecho preferente al uso del agua concedida, de la cual no puede ser privado el concesionario sino en favor de aprovechamientos superiores y previa indemnización, como lo disponen los artículos 546 y 547 del Código citado.

No mediando concesión, el derecho al goce de una cantidad de agua determinada es puramente *eventual*, á menos que se haya adquirido por prescripción; y siendo eventual, es evidente que no habría lugar á indemnización, siempre que la empresa ferroviaria hubiese cumplido puntualmente las disposiciones del Gobierno para la construcción de las obras y conservación de la corriente.

Si se tratase de aguas que no forman río ni arroyo navegable ó flotable, y que por consiguiente son de propiedad privada, cuyo aprovechamiento corresponde á los respectivos ribereños, tampoco podría interrumpirse ni modificarse la corriente, ni por las disposiciones de la Administración, ni por hechos de la empresa concesionaria; y si se hiciera, los particulares dañados en sus propiedades tendrían derecho á la indemnización de los perjuicios sufridos.

También los terraplenes y desmontes necesarios para el establecimiento de los ferrocarriles pueden causar á las propiedades linderas ciertos daños, algunos de los cuales son comunes á aquellas dos clases de obras, y otros particulares de cada una de ellas.

En el primer caso están las dificultades de acceso, que pueden ocasionar aquellas obras cuando dividen las propiedades atravesadas, dificultando ó impidiendo la comunicación entre las dos fracciones del terreno atravesado, ó cuando la vía férrea pasase á lo largo del camino, y las obras construídas para su establecimiento perjudicasen el acceso de las propiedades linderas.

En el segundo están, entre los producidos por los terraplenes y otras obras elevadas, como puentes ó viaductos, la privación de aire, de luz, de vista, la interrupción de los desagües, y la humedad é insalubridad ocasionadas á las construcciones vecinas; y entre los causados por los desmontes, podemos citar los que resultan de los derrumbes ú otros movimientos de tierra que esos trabajos pueden producir. Todos estos daños pueden, según su gravedad, dar lugar á indemnización, como lo ha resuelto en numerosos casos la jurisprudencia.

Y como los desmontes, las excavaciones pueden igualmente dañar á las propiedades particulares, por dos causas principales, perjudicando unas veces á su solidez, y otras interceptando el curso de las aguas subterráneas ó superficiales, secando pozos ó cegando fuentes.

Entre los casos de daños causados á la solidez de las propiedades, merecen citarse muy especialmente los producidos por el establecimiento de túneles. Por regla general, para la construcción de esa clase de obras, las empresas deben expropiar todo el terreno, tanto el del subsuelo como el superficial, porque de otro modo el dueño de este último lo sería también del primero. Pero si por hacerse las obras á una gran profundidad, sólo se hubiese expropiado el subsuelo, y las propiedades superiores sufriesen luego perjuicios, no habiendo sido éstos incluídos en la indemnización de expropiación, deben ser abonados separadamente.

Pero el derecho de los propietarios perjudicados no es tan generalmente reconocido cuando, á consecuencia de las obras ferroviarias, aquéllos se han visto privados de las aguas procedentes de los terrenos en que dichas obras se hubiesen construído.

Es sabido que, con arreglo al derecho común, el dueño de un predio lo es de la superficie y también de lo que está debajo, pudiendo hacer todas las construcciones y excavaciones que juzgue convenientes y sacar de estas excavaciones todos los productos que puedan darle (artículo 723 del Código Civil); sabemos, además, que, según el artículo 537 del mismo Código, el dueño de un predio en que hay una fuente ó manantial, puede usar de su agua libremente, salvo que el propietario del predio inferior haya adquirido derecho á ella por título ó por prescripción.

Pues bien: era antes doctrina admitida por los autores y por la jurisprudencia, que esas disposiciones eran aplicables al caso, y que, por consiguiente, el daño á que nos referimos no era indemnizable. «Considerando — decía á este respecto una sentencia del Consejo de Estado en Francia — que, abriendo excavaciones en el terreno que le pertenece, la compañía de caminos de hierro de Lyón ha obrado en el límite de sus derechos, y que si esas excavaciones, drenando el suelo, han disminuído ó hecho desaparecer las fuentes de que gozaban anteriormente los señores B y C, este hecho no podría crear un derecho de indemnización contra la compañía y en provecho de dichos propietarios, *que no pretenden haber adquirido, por título ó por prescripción, derechos al uso de aquellas fuentes....* »

Sin embargo, esta doctrina ha concluído por ser abandonada y sustituída por otra, según la cual «el Código Civil no se aplica por sí mismo, y sus disposiciones no pueden ser invocadas sino cuando el trabajo público no exceda, por su naturaleza y su importancia, al trabajo que habría podido hacer el propietario sin exponerse á una demanda de indemnización, especialmente en lo que concierne al régimen de las aguas.»

Esta doctrina, sostenida en Francia por el Comisario del Gobierno, M. Larasseur de Précourt, es la que ha dominado en la nueva jurisprudencia francesa, de la cual tomamos el siguiente fallo:

«Considerando que el trabajo ejecutado por la compañía de caminos de hierro de P. L. M. no ha consistido en la abertura de unas simples zanjas *(tranchées)*, sino de un túnel al través de los terrenos, cuyo bajo fondo ha sido adquirido á ese efecto por vía de expropiación; que ese trabajo, en razón de su naturaleza y de su importancia, no es de aquellos á los cuales se aplica el artículo 552 del Código Civil (723 del Oriental), y que no pueden dar derecho á ninguna indemnización, por cuanto constituyen un uso normal del derecho de propiedad; que los daños causados por dicho trabajo son, al contrario, de aquellos que las leyes han tenido en vista para conceder el derecho de indemnización contra la autoridad administrativa á todos los particulares que se quejan de los daños causados por los trabajos públicos; que se sigue de ahí que la compañía no ha podido invocar su derecho de propiedad sobre las obras del túnel, para negarse á la reparación de los daños resultantes de esas obras.... »

Nosotros, que, cuando estudiamos la teoría general de los daños causados por los trabajos públicos, sostuvimos el derecho á la indemnización contra la teoría de que el Estado no es responsable de tales daños, porque al ejecutar las obras procede en el uso de un derecho y por razones de utilidad común, debemos opinar ahora contra la doctrina que concede á los particulares un derecho que, según la ley común, no tendrían, que es la doctrina de esa ley y no otra más favorable á los reclamantes, la que debe aplicarse en el caso de que tratamos. Al fin de cuentas, es lo cierto que, sea cual sea la naturaleza y la importancia de las obras, el perjuicio ocasionado por las construcciones ferrocarrileras será el mismo ocasionado por los propietarios particulares dueños de la fuente ó de la corriente; es decir, que consistirán siempre en la disminución ó privación total del agua. Cuando estos perjuicios son causados por un particular, no dan lugar á indemnización, según las disposiciones citadas, y por lo mismo no deben darla tampoco en el otro caso, pues tratándose de perjuicios idénticos, no vemos por qué haya de establecer una solución distinta fundada en que los trabajos que los han causado sean más ó menos importantes.

El único caso en que no podría aplicarse el derecho común, por impedirlo la naturaleza del dominio público á que corresponde el terreno de la vía, sería en el del artículo 538 del Código Civil, según el cual el propietario de una fuente ó manantial no puede cambiar su curso cuando provee del agua necesaria á los habitantes de una sección, villa ó pueblo; — disposición que no podría aplicarse, decimos, porque constituiría una servidumbre que no puede pesar sobre el dominio público, al cual, como se sabe, pertenecen los trabajos de la vía. Si la empresa fuera, pues, dueña de la fuente ó manantial y para la ejecución de las obras fuese necesaria la supresión ó la desviación del

agua, podría ella efectuarlas, quedando, no obstante, obligada entonces á la indemnización correspondiente.

De todos modos, ese caso difícilmente puede presentarse, porque es de suponerse que la Administración tomaría las medidas necesarias para conservar el aprovechamiento á la población interesada.

Los daños que las obras ferroviarias puedan ocasionar á los trabajos mineros, son también de cargo de las empresas, conforme al artículo 27 del decreto del 84, el cual establece que los trabajos de consolidación que hayan de hacerse en el interior de la mina á consecuencia del pasaje del ferrocarril, y todos los daños que resulten de ese pasaje para el concesionario de la mina, serán de cargo de la empresa ferroviaria.

Pero si para favorecer la construcción de las obras ferroviarias fuese necesario prohibir la explotación de la mina ó de una cantera, la prohibición importaría el establecimiento de una servidumbre, cuyos efectos ya hemos examinado en la sección anterior.

Los daños materiales que hasta aquí hemos mencionado, no son los únicos; pero son, sí, los que con más frecuencia se presentan, bastando para dar una idea de los principios que rigen con respecto á los demás que con igual motivo puedan ser ocasionados.

No necesitamos agregar que también deben ser indemnizados los daños que los mismos trabajos de construcción ó de conservación de las vías férreas ocasionen á las personas. En ese caso están principalmente las enfermedades producidas por las aguas estancadas en las zanjas de préstamo, y los accidentes de que sean víctimas los obreros y demás empleados de las obras, así como los terceros extraños á éstas, y con tal que el accidente no sea debido á la propia culpa de los damnificados.

Ninguno de esos dos puntos ha sido previsto en la ley del 84, ni en su decreto reglamentario; pero esta circunstancia en nada disminuye la responsabilidad de las empresas. Se ha presentado, dice Aucoc, la cuestión de saber si cuando el pliego de condiciones nada dispone, el Ministro de Trabajos Públicos puede obligar á los concesionarios á establecer el desagüe de las mencionadas zanjas.

Dicho autor hace constar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha consagrado la solución afirmativa, fundada en las facultades acordadas á la Administración por las disposiciones generales de salubridad. Entre nosotros debe reconocerse el mismo derecho, sino al Poder central, á las Juntas y Comisiones Auxiliares, que son las que tienen á su cargo todo lo relativo á la salubridad é higiene de sus respectivas localidades.

En cuanto á la responsabilidad por las víctimas que puedan producir las emanaciones de las aguas estancadas, en nada puede ser disminuída por el hecho de que se haya impuesto ó no á las empresas la

obligación de establecer el desagüe, pues tal obligación, exista ó no, en nada perjudica tampoco los derechos que corresponden á los damnificados en virtud de los principios generales de responsabilidad establecidos en la legislación común. (Artículo 1293 y siguientes del Código Civil.) Y esos mismos principios son los que deben regir en los casos de accidentes antes mencionados, con la limitación indicada en cuanto á la culpa de los perjudicados.

Las demás cuestiones á que puede dar lugar esta materia, las hemos tratado en el título de la parte anterior de estos *Apuntes;* así es que sólo agregaremos aquí dos palabras sobre quiénes son los obligados á la reparación de los perjuicios causados.

Los que resultan inevitablemente de los proyectos ó de las disposiciones de la Administración, deben ser de cuenta de los concesionarios; pues aun cuando las obras correspondan al dominio público, es justo que tengan aquella carga, desde que son también ellas las que en primer término aprovechan los beneficios de las obras construídas, durante todo el tiempo de la concesión. Por eso es un principio generalmente adoptado por las leyes de obras públicas, el consignado en el artículo 101 de la ley española de 1877, según el cual las concesiones se otorgan siempre sin perjuicio de tercero y dejando á salvo los derechos adquiridos, de manera que el concesionario es siempre responsable de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la obra á la propiedad privada, ó á la parte de dominio público no ocupada.

Eso es lo que debía haber dicho también nuestra ley de ferrocarriles, ya que no tenemos otra más general que lo diga, pues el mismo artículo 468 del Código Civil, sólo establece que las empresas concesionarias se sustituyen al Estado en los derechos y obligaciones impuestos por el título II del libro II de dicho Código.

Pero, si la ley de ferrocarriles ha callado sobre ese punto á que nos referimos, el artículo 5.° de su decreto reglamentario establece que *todos los daños causados por las obras serán de cuenta de las empresas;* y si bien ese artículo no libraría al Estado de la responsabilidad que le correspondería ante los terceros que fuesen perjudicados por las propias disposiciones de aquél y por obras de su propio dominio, sin embargo, bastará para que en la práctica rija la buena doctrina, puesto que en virtud de dicho artículo, los perjudicados podrán accionar contra los concesionarios, que seguramente les ofrecerán suficientes garantías de solvencia.

Cuando los concesionarios ó el Estado ejecutan las obras por adminis tración, responden también de los actos de sus obreros y empleados, como responden de los actos de los empresarios y demás subtratantes cuando se hacen por el sistema de empresa, sin perjuicio en uno y otro caso de repetir contra los causantes directos del daño. Es la aplicación de los artículos 1298 y 1300 del Código Civil. Sin embargo, Picard, y también

Christophle y Auger, después de sentar esa misma doctrina, fundándola en las disposiciones correlativas del Código Francés, agregan que: las compañías no responden de los contratos pasados sin su concurso ni su intervención, entre los empresarios y otros terceros; y que tampoco responden de los actos debidos á imprudencias de esos mismos empresarios; porque en este caso, dicen, ellas no pueden ser consideradas como comitentes responsables de sus encargados, conforme al artículo 1384 del Código Civil (1298 del Código Oriental). La primera de esas excepciones puede justificarse si los empresarios no están facultados para invocar la representación de las compañías; pero la segunda nos parece completamente inadmisible y contraria en absoluto al principio consignado en el artículo 1384, que el mismo autor invoca como principio general. Y tan es cierto esto, que el mismo Picard que establece esa doctrina en la página 855 del segundo tomo de su obra, en la página 673, al hablar de los *accidentes en los trabajos,* reconoce la responsabilidad de las compañías, en los siguientes términos: «Teniendo ellas, dice, el derecho de vigilancia sobre las obras, y estando, por otra parte, obligadas á prescribir las precauciones necesarias para garantir la seguridad de los obreros y del público, pueden ser declaradas responsables de las faltas de sus encargados, *aun cuando las obras se ejecuten por el sistema de empresa,»* — que es sin duda alguna la verdadera doctrina y la que como tal hemos dejado establecida.

SECCIÓN VII

Policía de la conservación de las vías férreas

SUMARIO: — Necesidad de garantir la conservación de las obras ferroviarias. — Disposiciones destinadas á ese objeto; referencia. — Artículo 303 del Código Rural; su deficiencia. — Aplicación á los caminos de hierro de las medidas conservatorias de los caminos carreteros. — Ejemplos de la ley española de 1877 y francesa de 15 de Julio de 1845. — Medidas especiales á la conservación de las vías férreas; ejemplos. — Entrada de animales en la vía; artículo 66 del decreto del 84. — Animales conducidos y animales invasores. — Efecto de la prohibición; artículo 67 del decreto citado. — Sanción de las prohibiciones establecidas para la conservación de las obras. — Caso de ocupación de la vía por animales ó vehículos. — Distinciones á hacerse, según los alambrados y barreras estuviesen ó no en forma, ó si, estándolo, resultasen insuficientes como medios de defensa, ó si las empresas no estuviesen obligadas á establecerlos. — Diferentes efectos de la insuficiencia de los alambrados y de las barreras. — Carácter que según nuestra legislación actual, tienen las faltas contra las prohibiciones mencionadas. — Ejemplo de otras legislaciones. — Procedimiento para hacer efectivas las penas establecidas. — Artículo 767 del Código Rural y 64 y 65 del decreto del 84. — Casos á que se aplican esas dos últimas disposiciones. — Infracciones de vialidad cometidas por las propias empresas ferroviarias. — Utilidad de su represión. — Escrúpulos del legislador francés para establecer penas no previstas en los contratos. — Posibilidad de imponerlas; ejemplo de la legislación española. — Vacío de la nuestra; consecuencias.

Ya sabemos que las empresas concesionarias están obligadas á mantener la vía y sus dependencias en perfecto estado de conservación.

Pero ese deber se agravaría injustamente y la seguridad de la explotación tampoco estaría suficientemente garantida, si á la vez no se dictasen las disposiciones necesarias para evitar los daños que los terceros, y muy especialmente los linderos, pueden ocasionar á las referidas obras.

Esas disposiciones, que formarán el asunto de la presente sección, constituyen la policía de la conservación de los caminos de hierro, y pueden ser materia, ya de una ley particular á ese objeto, ó de una ley general que comprenda también la policía de la explotación de aquellos mismos caminos. Nosotros, sin embargo, carecemos hasta el presente de toda ley especialmente dictada para cualquiera de los dos fines que acabamos de mencionar; y si bien existen en nuestro Derecho positivo algunas disposiciones relativas á la conservación de las obras, ellas se hallan diseminadas en diversas leyes, adoleciendo, por lo mismo, de notorias deficiencias, tanto en su conjunto, como aisladamente consideradas.

Entre esas disposiciones figuran, en primer término, las que vimos en una de las secciones anteriores, relativas á las distancias que deben

guardar las construcciones, depósitos y ciertas labores en las proximidades de la vía, y las de los artículos 303 del Código Rural, 64 á 67 del decreto de 3 de Septiembre de 1884, el decreto de 9 de Julio de 1891, la resolución de 4 de Marzo de 1896, y los artículos 263 y siguientes, y 414 del Código Penal.

Las servidumbres relativas á las construcciones, depósitos y labores en las inmediaciones de la vía ya las conocemos, y por lo tanto, no tenemos para qué insistir en ellas.

El artículo 303 del Código Rural establece que los propietarios de los predios linderos de las vías férreas no podrán arrojar basuras sobre ellas, ni obstruir en manera alguna las canaletas laterales, ni servirse de ellas como desaguaderos, con excepción de aquellos cuyos predios por su inclinación natural tuviesen su desagüe en la vía.

Esta disposición pertenece á aquellas que por su naturaleza son comunes tanto á la policía de las obras ferroviarias, como á las de vialidad ordinaria, y de ningún modo debía limitarse á proteger las cunetas, ó canaletas laterales, como las llama el artículo citado, sino todas las demás obras y dependencias de la vía, como se protegen también las obras y dependencias de los caminos ordinarios.

Esto es lo que han hecho las legislaciones que han procedido con más acierto en la reglamentación de esta parte de la policía de los ferrocarriles.

Así, por ejemplo, la ley española de 23 de Noviembre de 1877, que trata de esta materia, establece lo siguiente en su artículo 1.°:

Son aplicables á los ferrocarriles las leyes y las disposiciones de la Administración, relativas á carreteras, que tienen por objeto:

1.° La conservación de cunetas, taludes, muros, obras de fábrica ó de cualquiera otra clase.

2.° Las servidumbres para la conservación de la vía, impuestas á las heredades inmediatas.

3.° Las servidumbres impuestas á estas mismas propiedades, respecto á alineaciones, construcciones de todas clases, aperturas de zanjas, libre curso de las aguas, plantaciones, poda de árboles, explotación de minas, de terrenos, de escoriales, de canteras y de cualquier otra clase. La zona á que se extienden estas servidumbres, es la de 20 metros á cada lado del ferrocarril.

4.° Las prohibiciones que tienden á evitar toda clase de daños á la vía.

5.° La prohibición de poner objetos colgantes ó salientes que ofrezcan incomodidad ó peligro á las personas ó á la vía.

6.° La prohibición de establecer acequias de materiales, piedras, tierras, abonos, frutos ó cualquier otro objeto que perjudique el libre tránsito.

Y en iguales términos se produce la ley francesa de 15 de Julio de 1845, relativa también á la policía de los ferrocarriles.

Además de las disposiciones comunes á estas obras y las de vialidad ordinaria, hay otras que son especiales á las primeras. En ese caso están: la prohibición de construir, á una zona que por lo regular es de tres metros á cada lado de la línea, fachadas que tengan aberturas y salidas sobre ésta, permitiéndose tan sólo los muros ó paredes de cerco completamente cerradas; la de construir en una zona de veinte metros, edificios cubiertos con cañizos ú otras materias inflamables ó combustibles; la de establecer acopios de materiales, tierras, piedras, abonos, frutos, etc., á menos de cinco metros si se trata de materias no combustibles, y á menos de veinte si lo son; — quedando exceptuados de esa prohibición, los depósitos de materias incombustibles que no excedan de la altura del camino, en el caso de que éste vaya en terraplén, los depósitos temporales de materias destinadas al abono y cultivo de las tierras, y de las cosechas durante la recolección; pero sin que en este caso tengan los dueños nada que reclamar si se produjese incendio por el paso de las locomotoras.

Todas estas prohibiciones constituyen el objeto de las servidumbres ferroviarias de que tratamos en uno de los capítulos anteriores.

Otra disposición importante es la relativa á la entrada de animales en la vía. Es igualmente prohibido—dice el artículo 66 del decreto reglamentario—conducir á lo largo del camino cualquier clase de animales, pero se lo podrá atravesar, debiendo en tal caso el conductor hacerlos salir al aproximarse el tren; siendo extensiva esa prohibición á los conductores de carros ú otra clase de vehículos, los cuales sólo podrán cruzar en los pasos á nivel.

Esta prohibición puede referirse á la policía de la explotación y tener por objeto impedir los obstáculos en la vía y evitar los daños que el pasaje de los trenes ó de las locomotoras pudiese ocasionar á las personas y á las propiedades que el artículo menciona; pero puede y debe ser también una medida de conservación de la vía, pues se comprende cuánto ésta podría ser destruída si se permitiese el libre tránsito por ella, de animales y vehículos.

Por eso también, la disposición á que nos referimos, debía ser extensiva, no sólo á la *conducción* de animales — lo que importa limitarla al caso en que la ocupación de la vía haya sido por acto *voluntario* de los conductores, — sino también á los casos en que tal acto expreso no hubiese existido, y los animales hubiesen invadido el recinto del camino por abandono ó falta de vigilancia por parte de sus propietarios.

Siendo, pues, la prohibición á que nos referimos, y debiendo ser ante todo una medida en defensa de la vía, al establecer su sanción se ha debido tener en cuenta esa circunstancia y castigar su infracción, también del punto de vista del interés de la línea, en vez de hacerlo solamente en vista de los intereses de los propietarios perjudicados,

como lo hace el artículo 67 del mismo decreto reglamentario, el cual establece, como única sanción á lo dispuesto en el artículo 66, que las personas que sufran perjuicios ocasionados por los ferrocarriles, á consecuencia de la infracción del artículo 66, no tendrán derecho á ser indemnizadas por las empresas, á menos que justifiquen que á pesar de su negligencia, el hecho de que se quejan pudo ser evitado.

Las leyes sobre policía de los ferrocarriles, después de establecer las diferentes prohibiciones requeridas por la conservación como por la explotación de dichas obras, establecen además las penas en que incurrirán los infractores de esas prohibiciones, cuando éstas no lleguen á constituir alguno de los delitos castigados por el Código Penal, así como disponen también que se fijará un término breve para la supresión de las construcciones, depósitos y labores que contravengan á las prohibiciones impuestas.

La introducción en la vía de animales y vehículos, conducidos éstos por sus dueños, ó debida aquélla á la falta de vigilancia ó abandono de los propietarios, tiene también en las referidas leyes sus penas especiales, que se aplican sin perjuicio de la indemnización civil del daño que se hubiese causado á las obras, con tal de que no haya habido falta, por parte de las empresas, en cuanto al establecimiento de los alambrados ó de las barreras, en la forma y condiciones impuestas por la Administración, y se hubiese ocasionado con esa falta la invasión indebida de la vía. Pero, si esa omisión no hubiese existido, y si á pesar de estar en forma el cerramiento, los animales hubiesen invadido la vía saltando ó rompiendo el alambrado, los dueños de dichos animales serían responsables del hecho, sin que les fuese dado alegar que el cerramiento era insuficiente; pues, constituyendo el alambrado ó cualquier otro medio empleado, una medida en defensa de la vía, sólo toca á la Administración indicar las condiciones en que debe ser establecido, correspondiendo á los linderos adoptar por su parte las disposiciones necesarias para que sus animales no invadan el dominio de la línea férrea.

La solución sería la misma, y por igual razón, si las empresas no estuviesen obligadas al establecimiento del alambrado, y la vía fuese invadida por el ganado de los predios linderos. La falta sería de los dueños de estos últimos, que no habrían tomado las medidas necesarias para encerrar sus animales dentro de sus respectivas propiedades, como deben tomarlas también si quieren que no se vayan á los caminos ordinarios, para lo cual deben construir á sus expensas los alambrados necesarios, no habiendo en ese caso medianería alguna, como expresamente lo dispone el artículo 692 del Código Rural.

Otra cosa sería si, existiendo los alambrados, la invasión hubiese sido facilitada por la insuficiencia ó mal servicio de las barreras en los pasos á nivel; porque en este caso aquéllas defienden la línea fé-

rrea y también el tránsito por el camino ordinario que la primera intercepta, de manera que si las barreras no llenan su objeto y facilitan la ocupación indebida de la vía, ó si las empresas no toman las medidas necesarias para la seguridad del tránsito en los caminos que sus líneas atraviesan, entonces, no sólo no podrían quejarse de la invasión indebida del ganado, sino que, como lo veremos al tratar de los accidentes de la explotación, si algún animal fuese muerto por el tren, la empresa sería responsable, sin que pudiese alegar que no había faltado á las disposiciones de la Administración; pues no habiendo establecido ellas las seguridades suficientes para evitar un peligro que ellas habrían creado, serían, en todo caso, responsables de esa falta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1292 del Código Civil.

Sea como fuere, hoy por hoy, el tránsito por la vía ó la invasión de ésta por animales sueltos, y por falta de negligencia de sus dueños, lo mismo que la contravención á las demás prohibiciones que hemos mencionado, no puede constituir sino una falta de simple policía, penada con multa que no exceda de diez pesos ó de tres días de prisión, conforme á las disposiciones del Código de Instrucción Criminal, que ya nos son conocidas; y eso, en el caso en que existían disposiciones policiales al respecto. Para que aquellas contravenciones caigan bajo la jurisdicción del Código Penal, es necesario que hayan causado un daño ó un desastre, ó el peligro de producir este último, en cuyos casos regirían las disposiciones de los artículos 414 y 263 y siguientes del Código citado.

Más completa, á nuestro juicio, más previsora y más acertada, la ley francesa de 14 de Julio de 1845, que al principio tuvimos ocasión de citar, después de establecer las diferentes disposiciones relativas á la policía de la conservación de los trabajos ferroviarios, dispone en su artículo 11, que la infracción de aquéllas será castigada con multa de 16 á 300 francos, sin perjuicio de la aplicación de las penas establecidas en el Código Penal, si llegase el caso, y las establecidas en la misma ley del 45 para los atentados contra la circulación de las vías férreas, debiendo además los contraventores suprimir en el término que al efecto se les fije, las excavaciones, techos, depósitos, etc., hechos contra las prohibiciones establecidas, pudiendo esa supresión ser verificada de oficio y á expensas de los contraventores, en el caso de resistencia ú omisión por parte de éstos.

Y completada así la legislación de fondo, faltaría organizar un procedimiento adecuado, para hacer efectivas las sanciones de la ley. Á este respecto, no encontramos en nuestro Derecho positivo más disposiciones que la del artículo 767 del Código Rural, el cual establece que la Policía debe vigilar cuidadosamente las vías férreas; la del citado artículo 64, que faculta á los empleados de los ferrocarriles para arrestar á las personas que sorprendan dentro de los trenes ó fuera de

ellos, en la preparación ó ejecución de actos que perjudiquen ó pongan en peligro á los pasajeros ó atenten contra las obras, dependencias ó la circulación de los trenes del ferrocarril, y deberán entregarlos presos inmediatamente á la autoridad policial más cercana, prestando ante ella la correspondiente declaración; y la del artículo 65, en la cual se dispone que la resistencia hecha á viva fuerza contra los referidos empleados, será reprimida con arreglo á las disposiciones policiales, si ella no diese lugar á hechos previstos ó castigados en el Código Penal.

Sin embargo, nos parece que esos dos artículos no se aplican sino á los atentados contra la vía ó contra la circulación que se cometieran ocultamente, ó cuando la vigilancia no es ordinariamente posible; pues sólo así puede existir la *sorpresa* de que habla el artículo 64. Por lo mismo, ellos no podrían aplicarse á los infractores de las prohibiciones relativas á las obras, depósitos y labores, que anteriormente hemos visto, que ni son susceptibles de sorpresa, ni constituyen un peligro inminente que haga necesario el arresto inmediato de los contraventores. En esos casos, pues, la misión de los empleados de las empresas se limitaría como la de los guardias rurales, y como podrían hacerlo también los ingenieros del control, á denunciar los hechos á la policía respectiva, para que ésta aplicase las penas que existiesen establecidas, ordenando á la vez la destrucción de las obras, la supresión de las labores ó el levantamiento de los depósitos; debiendo esas mismas autoridades y los jueces más inmediatos instruir el sumario respectivo, cuando se trate de hechos que deben caer bajo la jurisdicción criminal.

Además de las disposiciones relativas á los hechos de terceros contra la conservación de los caminos de hierro, las leyes sobre policía general de esas obras suelen contener también varias disposiciones destinadas á prevenir las faltas que las empresas puedan cometer, ya en el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el contrato, tanto en favor de sus respectivas líneas, como en beneficio de las vías de comunicación cruzadas por aquéllas. Tal es el objeto del título II de la ley francesa de 1845, y del IV de la española, de 23 de Noviembre de 1877, ambas ya citadas.

La segunda de esas leyes establece en su artículo 12, que el concesionario ó el arrendatario de la explotación de un ferrocarril que falta á las cláusulas del pliego de condiciones generales ó á las particulares de su concesión, ó á las resoluciones que para la ejecución de esas cláusulas, en todo lo que se refiere al servicio de explotación de la línea ó del telégrafo, ó al relativo á la navegación, vialidad de los caminos de toda clase, ó libre paso de las aguas, incurrirá en una multa de 250 á 2,500 pesetas; y el artículo 13 de la misma ley agrega á su vez que, además de la multa, estará también obligado el conce-

sionario ó arrendatario, á reparar las faltas ó daños causados, en el tiempo que se le señale; y que si no lo hiciese, lo verificará por él la Administración, siendo de cuenta de aquél los gastos ocasionados, cuyo cobro se hará efectivo interviniendo los productos de las estaciones.

La necesidad de establecer esas multas para todas y cada una de las obligaciones impuestas á las empresas, ya con respecto á la construcción y conservación de las líneas, como á su explotación, y á las demás vías cruzadas por aquéllas, se ha justificado como medio de garantir el cumplimiento de esas mismas obligaciones; medio tanto más necesario, cuanto que puede haber numerosas infracciones de detalle que no deben dar lugar á una medida tan extrema como la caducidad, y aun cuando ésta proceda, no siempre es lo más conveniente declararla.

A pesar, sin embargo, de ser innegable la utilidad de tales sanciones, en la discusión de la ley francesa, cuyos términos son análogos á los de la española que hemos citado, salva la diferencia que en seguida vamos á observar, se hizo una objeción fundamental al establecimiento de tales medidas represivas. Se dijo que tales sanciones no se podría imponerlas á las empresas existentes, porque no habiendo sido establecidas en los contratos respectivos, una imposición semejante importaría la violación de esos contratos; y que con respecto á las empresas que se estableciesen en lo sucesivo, era irracional imponerlas, por cuanto tratándose de infracciones á los contratos, no podían tener otra sanción que la reparación civil de los daños y perjuicios á que está obligado todo el que falta á los convenios celebrados.

Esas observaciones no triunfaron en todo, pero contribuyeron á restringir el alcance de la disposición en debate, prescribiéndose entonces que las penas se aplicarían solamente contra las faltas establecidas en favor de la navegación, de la vialidad, de los caminos ordinarios de todas clases y de la libre corriente de las aguas, excluyéndose las infracciones relativas á las líneas concedidas; caso este último que no excluye, sino que por el contrario menciona expresamente, como antes hemos visto, la ley española ya citada.

Se creyó, pues, que limitada la disposición de ese modo, no se violaban las concesiones ya otorgadas, porque se trataba de hechos que, además de ser una infracción á los contratos, constituyen también una *infracción de vialidad*, que la Administración tiene el deber y el derecho de castigar, cualquiera que fuese el autor. Y con respecto á las concesiones futuras, se creyó también que ese doble carácter de las infracciones cometidas justificaba igualmente la doble penalidad establecida.

Sin duda alguna el Estado tiene el derecho de reprimir las infracciones de vialidad, sea quien sea el que las cometa; y esa facultad no puede estar limitada por ningún contrato, porque si bien aquél al otor-

gar una concesión procede como parte contratante, no pierde por eso sus atribuciones de Poder público, que no abdica jamás, y que por lo tanto puede aplicarlas en cualquier tiempo y contra todas las personas, ya físicas ó morales existentes en el país, máxime tratándose de la defensa de terceros ó de otros servicios públicos, á los cuales los concesionarios no pueden pretender jamás que tienen el derecho de perjudicar al amparo de sus concesiones, más ó menos previsoras. En ese sentido, pues, el temperamento adoptado por la legislación francesa es de una legitimidad indiscutible.

Por la misma razón, nosotros no participamos en este caso de los escrúpulos del legislador francés, y creemos, por el contrario, que, como lo ha entendido también la ley española citada, el Estado puede establecer, aún posteriormente al otorgamiento de las concesiones, penas para garantir el cumplimiento de las obligaciones impuestas á los concesionarios. Eso en realidad no es modificar el contrato de concesión, puesto que no altera en lo más mínimo ninguna de sus cláusulas: es solamente garantir el cumplimiento de las obligaciones contraídas para el desempeño de un servicio que se ejerce por delegación del Estado, bajo la vigilancia de éste, y por cuyo buen desempeño el Estado tiene el deber, y, por lo mismo, el derecho de velar.

Excusamos agregar que nuestra legislación carece por completo de disposiciones especiales como las que acabamos de mencionar; no tenemos ley de policía general de los ferrocarriles: así es que eso, por un lado, y por otro la falta de control, han hecho que hasta la fecha haya quedado librado á la voluntad de las empresas el cumplimiento de las obligaciones relativas, no sólo á la explotación, sino también á las condiciones de instalación de las obras; condiciones que han sido respetadas ó no por los concesionarios, sin que el Gobierno se haya tampoco acordado de exigir su cumplimiento sino alguna vez que la falta ha producido sus desgraciadas consecuencias, como sucedió, por ejemplo, con la resolución del 30 de Marzo de 1891, sobre colocación de barreras y guardavías en los pasajes á nivel, dictada á consecuencia de un accidente ocurrido en la línea del Central, en la madrugada de ese mismo día.

CAPÍTULO V

Construcción de los ferrocarriles á cargo del Estado

SUMARIO: — Sistema de la construcción oficial adoptada por la ley de 30 de Noviembre de 1888. — Sus ventajas é inconvenientes; referencia. — Medios adoptados por la ley citada para evitar los peligros que dicho sistema ofrece. — Construcción por empresa. — Licitación obligatoria; casos exceptuados. — Precio para la licitación. — Aprobación legislativa; ley de 8 de Febrero de 1890. — Faz financiera del sistema; su examen; referencia. — Faz técnica; pliego de condiciones de 20 de Abril de 1889. — Aplicación del sistema á la construcción de los ferrocarriles del Oeste. — Su fracaso. — Resolución de 6 de Septiembre de 1895 declarando caducados los derechos de los cesionarios del contrato y de los contratistas primitivos.

La construcción de ferrocarriles por el Estado da lugar á muy pocas cuestiones especiales, sobre todo cuando, como entre nosotros sucede, no ha excedido las proporciones de un pequeño ensayo.

Como sabemos, ese sistema fué establecido por la ley de 30 de Noviembre de 1888, que en su artículo 4.° autorizó al Poder Ejecutivo para contratar por cuenta del Estado, y *por medio de concesión*, de acuerdo con la ley de 27 de Agosto de 1884, todos los ferrocarriles del trazado general no concedidos ó cuyas concesiones hubiesen caducado, y las líneas y ramales que la primera de dichas leyes autoriza.

Como se ve por las palabras que hemos subrayado, el artículo dice que la construcción se hará por medio de concesión; pero se comprende que hay en esos términos una expresión impropia, pues tratándose de obras que deben ser construídas por cuenta del Estado, no hay concesión posible, — la que sólo se aplica cuando las obras se hacen por cuenta y riesgo del tercero que las construye. Lo que sin duda alguna ha querido decir la ley, es que las obras á que se refiere se construirán por el sistema de *empresa*, y así resulta también de las otras disposiciones de la misma, relativas á la forma de pago de los trabajos hechos.

En el capítulo II de este título, ya vimos las ventajas y los inconvenientes que puede ofrecer la construcción por el Estado, y los motivos por los cuales aquel sistema está muy lejos de ser recomendable

entre nosotros. No obstante, es justo reconocer que el legislador procedió con todo acierto al disponer que las obras serían construídas por empresa y no por administración, pues es evidente que si la construcción á cargo del Estado es un sistema inconveniente y peligroso, esos inconvenientes y peligros desaparecen en buena parte con el sistema de empresa.

Más aún: para completar esa ventaja, dispuso también la ley que las obras se ejecutarán por licitación pública, exigiéndose al proponente cuya propuesta fuese aceptada, la garantía del uno por ciento sobre el costo de la obra.—Sólo quedarán exonerados de la licitación los ferrocarriles ya concedidos á particulares, con arreglo á la ley del 84, y cuyos concesionarios conviniesen á solicitud del Gobierno en construirlas por cuenta del Estado. (Artículos 17 y 18.)

El principio quedó, pues, establecido, aunque también es cierto que no ha habido ocasión de aplicarlo; pues las únicas líneas que el Estado se propuso construir por su cuenta, fueron las del Oeste, cuya construcción fué contratada en 28 de Febrero de 1889 con los señores Barreto, Caymarí y Cleminson, quienes habían obtenido anteriormente la concesión de esas mismas líneas: el primero la de Montevideo á la Colonia, y el segundo la línea á Mercedes y Nueva Palmira; y podía, en consecuencia, contratarlas *por empresa* sin necesidad del requisito previo de la licitación.

En los casos en que ésta es obligatoria, debe hacerse sobre la base del costo máximo kilométrico, previamente fijado por los estudios técnicos de las oficinas competentes, y cuyo costo máximo no puede exceder de *cinco mil* £ por kilómetro de vía pronta y abierta al tráfico público, ó de *siete mil* cuando la construcción de las obras ofrezca dificultades excepcionales, comprobadas por los mencionados estudios (artículo 14). Según los artículos 13 y 16 de la misma ley, el Gobierno podía aceptar la propuesta más ventajosa, y convenir, por lo tanto, con la empresa constructora los precios unitarios, sin necesidad de más requisitos. Pero esas disposiciones fueron modificadas por la ley de 8 de Febrero de 1890, la cual estableció que en todos los casos en que el Poder Ejecutivo resolviese construir por cuenta del Estado alguna ó algunas de las líneas autorizadas por la ley, deberá someter los contratos que celebre á la aprobación del Cuerpo Legislativo.

La otra faz importante del sistema adoptado por la ley del 88, es la financiera.

Para el pago de los ferrocarriles construídos por cuenta del Estado — dice el artículo 12, — el Poder Ejecutivo emitirá títulos de Deuda Pública denominados «Bonos de Ferrocarriles», con interés de 6 % anual, pagadero por trimestres, y 1 % de amortización, pagadero anualmente; cuyos títulos tendrán la garantía especial de los ferrocarriles con ellos

construídos, y de sus productos, y subsidiariamente las rentas generales de la Nación, siendo dichos títulos rescatables á la par en cualquier tiempo. Según el artículo 16, los bonos se emitían una vez aceptada la propuesta más ventajosa; pero como la ley de 8 de Febrero de 1890, antes citada, agrega que dicha propuesta debe, además, ser aprobada por el Cuerpo Legislativo, es obvio que aquella emisión no pueda tener lugar mientras no se haya llenado ese otro requisito. La emisión se hace por la cantidad necesaria para el pago de las obras, cuyo pago debe hacerse por secciones de vías construídas y recibidas en estado de abrirse al tráfico público. (Artículo 15.)

Emitidos dichos bonos, el Poder Ejecutivo puede negociarlos por su cuenta, depositando su importe en un Banco para ser aplicado exclusivamente al pago del ferrocarril, ó puede también entregarlos al constructor al tipo que se convenga, y que en ningún caso puede ser menor del 85 % de su valor nominal. (Artículo 16.)

En las páginas 252 y siguientes, tuvimos ocasión de ver cómo esa combinación estaba fundada en una supuesta economía que el Estado obtendría con relación á las sumas que él debía desembolsar, siguiendo el sistema de la garantía de interés establecido por la ley del 84.

Vimos también que, según los propios términos de la ley del 88, lejos de resultar tal ventaja, resultaba un recargo importante para el Fisco; y que en la práctica ese recargo asumió grandes proporciones por el elevado costo kilométrico que se fijó á las obras contratadas, en el único en que ha sido aplicado el sistema de la mencionada ley.

La parte técnica de la construcción fué establecida en el pliego de condiciones especiales que el Gobierno aprobó con fecha 20 de Abril de 1889.

Pero, ya vimos también en la oportunidad á que acabamos de referirnos, que habiendo fracasado la combinación financiera con la casa Baring para la colocación de los bonos, la empresa constructora tampoco pudo llevar adelante los trabajos, que fueron adjudicados por último á la empresa Medici, por la ley de 26 de Mayo de 1896, aprobatoria á la vez del arreglo hecho por el Gobierno y la Compañía Uruguay Limitada, para la terminación de las cuestiones debidas á la interrupción de las obras, producida por la falta de pago á que hemos hecho referencia. La Compañía Uruguay era cesionaria de la empresa Bowen, la que lo era á su vez de los primitivos contratistas Barreto, Caymarí y Cleminson. Antes de dictarse dicha ley, y por resolución de 6 de Septiembre de 1895, el Gobierno había declarado caducado el contrato, por falta de los contratistas cesionarios, y caducados también los derechos de los contratistas primitivos, quienes pretendían que no habiendo cumplido con sus obligaciones las empresas cesionarias, el contrato debía volver á ellos, en virtud de una cláusula de la cesión á Bowen, en la cual se establecía que si éste ó

sus causahabientes dejaban de cumplir sus compromisos, la cesión quedaría sin efecto, volviendo la empresa á los primitivos contratistas.

El Gobierno no aceptó, como decíamos, semejante pretensión, declarando muy fundadamente que la mencionada cláusula pactada entre los primeros contratistas y Bowen, no tenía valor alguno contra él, porque modificaba fundamentalmente el contrato primitivo que tenía fuerza de ley en virtud de haber sido aprobado por la de 7 de Febrero de 1896; y lo modificaba, creando en realidad dos contratistas, uno principal — el cesionario — que debía cumplir sus obligaciones en la forma y plazos del contrato primitivo, y otro subsidiario — los primeros contratistas — que se reservaban el derecho de tales para el caso de que los otros hubiesen faltado, y para cumplir, en consecuencia, el contrato primitivo fuera de los plazos en él fijados, y cuando podía por lo mismo estar perfectamente caducado.

La parte de Barreto y Caymarí alegaba contra ese argumento, la circunstancia de que la cesión referida, y por consiguiente la cláusula mencionada, la cual formaba parte de aquélla, había sido notificada al Gobierno, quien no había hecho observación alguna; pero á esto contestó á su vez el Gobierno en la resolución citada, que dicha notificación era un *simple conocimiento* que en nada lo ligaba con los cesionarios, por las cláusulas pactadas entre éstos y los contratistas primitivos. En esto nos parece que estaba el Ejecutivo completamente equivocado, pues al aceptar sin reservas de ninguna clase la transferencia hecha, había reconocido *ipso facto* los derechos que en aquélla se habían reservado ó acordado las dos partes contratantes.

Lo que el Gobierno pudo decir con más acierto fué, que la cláusula invocada por los primeros contratistas, y la cual, como hemos visto, modificaba el contrato primitivo, había quedado anulada por la ley de 7 de Febrero de 1890, que al aprobar ese contrato, lo restableció en todo su vigor, dejando en consecuencia sin efecto todo lo que contra él se hubiese estipulado, como impidió igualmente que en lo sucesivo pudiesen modificarlo por sí solas las partes contratantes, puesto que estableció también que los contratos debían ser sometidos á la aprobación legislativa.

Pero, por una razón ó por otra, lo cierto era que el contrato primitivo, como las cesiones posteriores, habrían caducado, y el Gobierno tuvo motivos sobrados para declararlo así, como efectivamente lo hizo.

Documentos oficiales

Secretaría de la Universidad.

Se hace saber á los interesados que el Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión celebrada el 15 del corriente, ha dispuesto que la presentación de las Tesis destinadas á entrar en concurso, conforme á lo prescripto en el artículo 86 del Reglamento General de la Universidad, deberá hacerse hasta el 30 de Junio de cada año.

Azarola,
Secretario General.

Montevideo, Mayo 17 de 1897.

Secretaría de la Universidad.

Se hace saber que el Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión de 22 de Mayo último, ha sancionado la reglamentación de los ejercicios prácticos en las Clínicas de la Facultad de Medicina, en la forma siguiente:

Artículo 1.° A los efectos del artículo 55 del Reglamento General, los alumnos matriculados en las Clínicas estarán obligados á formular las historias que los profesores respectivos determinen.

Art. 2.° Se llevará en cada Clínica un libro especial, con el objeto de anotar detalladamente las historias señaladas para

cada alumno; debiendo el profesor dejar constancia escrita de si los ejercicios realizados merecen aceptación ó rechazo.

Art. 3.° Si el número de historias desechadas por el catedrático, durante el año, fuere superior á la mitad de las designadas para ese mismo alumno, se considerará perdido el curso correspondiente.

Art. 4.° Las historias clínicas se repartirán por igual entre los alumnos.

Azarola,
Secretario General.

Montevideo, Junio 10 de 1897.

Secretaría de la Universidad.

Llámase nuevamente á concurso de oposición para proveer la dirección del Aula de Filosofía del Derecho en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad.

Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 1.° de Febrero del año próximo venidero.

Los actos de las oposiciones se verificarán en la segunda quincena de dicho mes.

Las bases relativas al concurso á celebrarse están á disposición de los interesados.

Azarola,
Secretario General.

Montevideo, Julio 2 de 1897.
